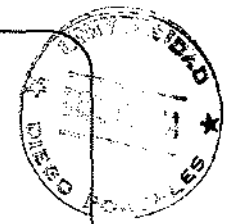
DERECHOS DEL HOMBRE Y LEGISLACION INTERNA

Escuela de Derecho
Universidad Diego Portales

c. 1



Nº 10

AGOSTO – 1989

Trabajos presentados al Seminario sobre recepción de los derechos del hombre en la legislación interna de Chile, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, con el auspicio de la Asociación Nacional de Magistrados y el Consejo General del Colegio de Abogados; 17 y 24 de noviembre y 1º de diciembre de 1988, Santiago - Chile.

Carlos Cerda F.
Claudio Díaz U.
Felipe González M.
Roberto Mayorga L. (Editor)
Jorge Mera F.
Hernán Montealegre K.
Patricio Novoa F.
Eugenio Velasco L.
Mario Verdugo M.

CUADERNOS DE ANALISIS JURIDICO
ISSN 0716 — 727 K

Publicación editada por la Escuela de Derecho
de la Universidad Diego Portales.

Director Responsable: Jorge Correa Sutil
Comité Editorial: Jorge Correa,
Fernando Fueyo, Mario Garrido,
Carlos Peña, Agustín Squella y
Mario Verdugo.

Las colaboraciones y solicitudes de ejemplares pueden hacerse llegar al Director responsable a: Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. República 105. Santiago, Chile.
Diseño Portada: Raquel Sánchez.

INDICE

Pág.

Presentación
Roberto Mayorga L. 5

El Estado como sujeto propio obligado al respeto de los Derechos Humanos.
Hernán Montealegre K. 7

Los Derechos Humanos como criterio de legitimidad del Orden Jurídico Interno.
Felipe González M. 15

La recepción de los Derechos Humanos en la Constitución 1980.
Mario Verdugo M. 31

Recepción de los derechos del hombre en la legislación interna chilena en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Roberto Mayorga L. 41

Recepción de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la legislación penal chilena.
Jorge Mera F. 63

Recepción de los derechos del hombre en la legislación interna de Chile en relación a la garantía constitucional del debido proceso.
Claudio Díaz U. 79

Comentario al trabajo del profesor Claudio Díaz.
Carlos Cerda F. 107

Recepción de los derechos del hombre en la legislación interna de Chile en relación al derecho de familia.
Eugenio Velasco L. 113

Recepción de los derechos del hombre en la legislación interna de Chile en relación al derecho de sindicación.
Patricio Novoa F. 123

PRESENTACION

Intentando abrir a futuro una línea de investigación en el área de los derechos fundamentales, la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, con el auspicio del Consejo General del Colegio de Abogados y del Instituto de Estudios Judiciales de la Asociación Nacional de Magistrados, encomendó a un grupo de académicos, a comienzos de 1988, la preparación de ponencias relativas a la recepción de los derechos fundamentales en la legislación nacional chilena, las que, expuestas en un seminario celebrado los días 17 y 24 de Noviembre y 1º de Diciembre de 1988, son publicadas en el presente texto, lamentándose la no inclusión del interesante trabajo del profesor Jorge Precht que no alcanzó a estar preparado al momento de cierre de esta edición y que se refería al valor jurídico en Chile de los pactos de las Naciones Unidas relativos a derechos del hombre.

Coordinador académico del equipo fue el profesor Hernán Montealegre quien, junto al profesor Felipe González, analizó el marco general teórico en que se desarrolló el seminario, abocándose el primero al rol del Estado en la materia y el segundo a los criterios de legitimidad que los derechos esenciales involucran respecto del orden jurídico interno.

El resto de las ponencias, centrada en el examen de la receptividad en el ámbito interno de estos derechos, en algunas de sus diversas manifestaciones, estuvo a cargo de los profesores Mario Verdugo, Jorge Mera, Claudio Díaz, Carlos Cerda, Eugenio Velasco, Patricio Novoa y Roberto Mayorga. Cada una de ellas se refiere a aspectos relevantes de los derechos del hombre que, no obstante, no cubrir el amplio universo de los mismos, pueden configurar una muestra representativa relativa a la forma como se han recogido en la legislación nacional. Al respecto, en la generalidad de los trabajos se han tomado como punto de partida la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas sobre derechos políticos y civiles y derechos económicos, sociales y culturales, sin perjuicio de la utilización de otros instrumentos internacionales, y, desde la óptica de éstos, se ha intentado un trabajo comparativo con la legislación interna, especialmente la normativa constitucional.

Debe tenerse presente, no obstante, que posteriormente a la elaboración de estas ponencias, mediante plebiscito celebrado en el mes de

Julio de 1989, se modificó el Art. 5 de la Constitución Política, en términos que se considera deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales no sólo garantizados por la propia Constitución sino que también por "los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes". Si los tratados que cumplen con esos requisitos han pasado de pleno derecho a ser parte integrante de la legislación interna, con rango constitucional o meramente legal, y si los conflictos que podrían derivarse relativos a la primacía de normas no concordantes entre si, han de resolverse en favor de esos tratados o de las normas nacionales, son interrogantes que los participantes no alcanzaron a plantearse a fin de intentar posibles soluciones.

No se trata pues de un análisis empírico acerca de la vigencia efectiva de estos derechos sino que de un esfuerzo académico inicial, de carácter dogmático, que pretende ser continuado con investigaciones posteriores de la misma naturaleza, con el fin de colaborar en el perfeccionamiento de la legislación nacional en un ámbito tal relevante como el de los derechos fundamentales de la persona.

Santiago de Chile
Agosto 1989.

Roberto Mayorga Lorca
Profesor Derecho Económico
Editor

EL ESTADO COMO SUJETO PROPIO OBLIGADO AL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hernán Montealegre K.

En materia de derechos humanos, hay que dar por científicamente conocidas la menor cantidad posible de premisas. Faltan en este campo, un conjunto organizador de principios que estructuren el tema. Voy a destacar, a continuación, dos principios que a mi juicio son básicos para la debida comprensión de la naturaleza específica y propia de los derechos humanos.

Primero me referiré brevemente a la esencial dimensión internacional de los derechos humanos; en segundo lugar, me extenderé algo en el que considero un principio básico en el tema, a saber, la determinación del sujeto obligado al respeto de estos derechos.

1. La dimensión internacional de los derechos humanos

a) El surgimiento de la problemática de los Derechos Humanos.

El tema de los derechos humanos y su sentido propio vigente hoy día, ha surgido como un problema específicamente **internacional.**

Es cierto que cronológicamente les han precedido las garantías constitucionales, de carácter **nacional**, y aún las Declaraciones de Derechos del Hombre que acompañaron a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y a la Revolución Francesa en 1789. Pero de estas Declaraciones sólo surgieron **derechos individuales constitucionales** que debían ser asegurados por cada Estado en particular de acuerdo a su Constitución, esto es, como se ha dicho, tenían carácter interno.

Es sólo como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial que surgen los derechos **humanos** como un elemento propio e integrante del sistema contemporáneo de las relaciones **entre** los Estados. Antes de esta guerra, **y en razón del principio de no intervención y de independencia y soberanía absoluta de los Estados,** no podía un país inmiscuirse en nada de lo que ocurriese en otra nación, y, muy en particular, no le concernía en absoluto el tratamiento que un gobierno extranjero diese a sus propios nacionales, ya sea en tiempo de guerra o en tiempo de paz.

En el caso de la guerra civil española de 1936–1939 los Estados extranjeros se guiaron estrictamente por el principio de no intervención y declararon que no eran de su incumbencia los sucesos atroces que estaban ocurriendo entre españoles. Ya con esta guerra la comunidad internacional quedó profundamente preocupada sobre el aislamiento en que voluntariamente se dejaba a masacres nacionales.

El segundo punto crítico de esta actitud tradicional se produjo por el impacto que provocó la masacre de los judíos y otras nacionalidades a manos del gobierno nazi.

La consternación de la comunidad internacional ante el holocausto de la Segunda Guerra Mundial, y en particular el tratamiento insólitamente cruel que el gobierno nazi dió a los judíos y otras nacionalidades bajo su autoridad, llevó a una revisión profunda de los principios tradicionales de no intervención en los asuntos internos de un Estado.

Resultaba evidente ahora que hay sucesos provocados por los gobiernos hacia sus propios nacionales que no sólo deben impedir la actuación de terceros Estados sino que **obligan** a estos, por razones de **humanidad**, a actuar, **como comunidad internacional organizada**, en contra del Estado transgresor.

Esto implicaba el reconocimiento de **valores o bienes jurídicos universales** cuya protección corresponde a la comunidad internacional y que trascienden la esfera de competencia propia de un Estado particular.

De acuerdo a esto, el problema que nos ocupa surge dentro del ámbito de las relaciones entre los Estados, o, dicho en forma más precisa, **la problemática de los derechos humanos surge dentro de la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados.**

b) Un vuelco en el ámbito del derecho internacional

Lo anterior demuestra que el ámbito de la política exterior de los Estados, en la medida y en cuanto es configurado por el derecho internacional, ha experimentado, con la aparición de la temática de los derechos humanos, un vuelco sustancial.

Con anterioridad a la aparición de este problema, los Estados aceptaban regular sus relaciones internacionales sólo en lo que se refiriera a sus compromisos **externos** con los demás Estados. Los tratados regulaban estas relaciones exteriores.

Pero ahora surge un nuevo ámbito de las relaciones internacionales en la que los Estados adoptan compromisos **externos** relativos a su **conducta interna** hacia sus propios nacionales. Hoy es parte integrante y esencial de la política exterior el preocuparse de los actos que un tercer Estado tiene hacia los habitantes de su territorio.

Esta problemática, en su núcleo esencial, está estructurada en la carta de las Naciones Unidas de 1945, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, en los Convenios de Ginebra de 1949, en los Principios de Nuremberg en 1947, en los Pactos Internacionales de Derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1968, y en los pactos regionales interamericanos y europeos de 1948 y 1950.

A través de esta sistemática se producen, desde luego, dos consecuencias nuevas para la política internacional:

PRIMERO: La persona particular pasa a ser titular de derechos internacionales (sus derechos humanos) frente a la comunidad mundial y regional, las que tienen la obligación de protegerles esos derechos esenciales, ¿frente a quién? : frente a sus propios Estados de los cuales son nacionales. La persona humana más allá de su carácter de nacional de su propio Estado se convierte en sujeto internacional que trasciende su Estado y es miembro en forma directa de la comunidad mundial. Hoy en día la comunidad mundial está formada no sólo por Estados sino que también por personas particulares en lo que se refiere a la protección de sus derechos humanos.

SEGUNDO: Si los Estados han cedido parte de su soberanía a la comunidad internacional en esta materia, no pueden ya invocar la reserva de la jurisdicción doméstica para evitar que esa misma comunidad internacional asuma todos sus derechos y deberes en lo que respecta a su competencia específica en este campo.

No cabe, en definitiva, invocar el principio de no intervención frente a terceros Estados que, lejos de intervenir, actúan dentro de su competencia. Ahora se comprende en toda su cabalidad lo afirmado anteriormente respecto a que la violación de los derechos humanos es una materia específicamente internacional.

2. El Estado como sujeto propio obligado al respeto de los derechos humanos

a) El principio

Esto significa que las personas particulares no pueden incurrir en violaciones a los derechos humanos, ya que no están obligadas internacionalmente a respetarlos.

Expresado así de manera tan abrupta, la cosa resulta desconcertante. Pero si examinamos su razón de ser comprendemos por qué el derecho positivo está establecido hoy en día en estos términos. Esta primera cuestión, que presentamos como el primer factor estructurador del tema de los derechos humanos, es la herramienta intelectual básica para controlar nuestro problema y no hacer del tema de los derechos humanos una materia vaga y confusa en la que quepa cualquier acto especialmente de carácter criminal.

La actuación de las personas particulares, en verdad, está estrictamente controlada por el derecho interno de cada uno de los países a los cuales pertenecen o dentro de los cuales actúan. Esto, indudablemente, es mayormente cierto si se trata de actos delictivos. Cada país tiene su derecho penal general y especial para sancionar a todo particular que comete un delito. Si se trata de la acción de un particular, para nada se requiere de la intervención de la comunidad internacional para sancionarlo: el Estado mismo dentro del cual comete el delito lo castiga **ipso facto.**

Si un particular mata a alguien comete un homicidio; si ejecuta un acto particularmente cruel puede incurrir en un acto de terrorismo. Todos los actos criminales de los particulares están contemplados en tipos delictivos internos que absorben íntegramente e **ipso facto** el ilícito en que incurren. No tiene sentido complicar una situación haciendo intervenir supletoriamente al derecho internacional cuando ya el derecho interno la ha agotado jurídicamente.

Por ello, no tiene sentido decir que el homicidio que comete un particular implica además violar el derecho a la vida de la víctima. Esto llevaría a hacer **de todo delito** una violación a los derechos humanos de las víctimas. Pero si la violación a los Derechos Humanos es algo tan genérico y omnipresente como esto, no tiene sentido alguno incorporarlos **retóricamente** al derecho haciéndolos, en definitiva, sinónimos de **delitos.**

Si queremos que un acontecimiento especial, a saber, la violación a los derechos humanos, ocupe un lugar propio dentro del derecho, debemos examinar si es capaz de estructurarse como algo nuevo y propio porque si sólo repetimos con él algo que ya existe, a saber, la noción de delito en este caso, se convierte en pura retórica su introducción al derecho.

Pero ya escapamos de partida a este error si vemos con todo su rigor y fuerza que **el problema de los derechos humanos surge únicamente porque los Estados, a través de declaraciones, pactos y convenciones, se han obligado internacionalmente a respetarlos.**

Es cierto que los Estados y sus agentes pueden también cometer delitos internos que están sancionados en los Códigos criminales. En esto, están en un pie de igualdad con los particulares, sometidos todos, tanto agentes públicos como particulares, a las leyes penales internas. Sin embargo, ya internamente se da una diferencia: cuando el que comete un delito es un agente que se vale de su carácter público para cometerlo; esta es una **circunstancia agravante** del crimen; en cambio, nada de esto ocurre cuando es un particular el que comete el delito. La razón de fondo es fácil de entender: el agente del Estado está llamado, por su propia naturaleza a custodiar el orden y la seguridad de toda la comunidad, contando para ello con facultades especiales **de las que carecen los particulares.** Es natural, entonces, que a quien tiene tales deberes y facultades se le sancione, en principio, con mayor rigor si usa tales facultades no como instrumento para cumplir su deber sino como ocasión para abusar de las demás personas que precisamente han puesto una confianza especial en él.

Es dentro de esta última situación rigurosamente enmarcada que se abre la nueva problemática de los derechos humanos. Se ha estimado que un Estado tiene tales poderes para actuar dentro de su territorio que goza de una triple capacidad, de las que carecen los particulares, si decide incurrir en una conducta criminal: organización, encubrimiento y complicidad de poderes públicos claves como el Poder Judicial. Para actuar de esta manera los gobiernos sostienen que no están adentrándose en el campo de la criminalidad común sino en el de la defensa de la seguridad del Estado, la cual tiene una connotación esencialmente política.

Naturalmente que en este tipo de situación los poderes públicos no sólo no castigan a sus agentes en forma agravada, sino que al acotar una nueva esfera de conducta en materia de seguridad del estado, estiman que su actuación en este campo les crea **ya no sólo un atenuante sino una eximente de responsabilidad penal común.**

Tenemos, pues, la que podemos llamar una **subversión** dentro del derecho penal común efectuado por el propio Estado. **Es exactamente aquí donde se plantea la cuestión de los derechos humanos,** situación, como se ve, enteramente específica e imposible de confundir con otras. La pregunta clave es: ¿quién fija la responsabilidad penal de un Estado que ha subvertido su derecho penal interno y se autoexime de la

comisión de crímenes atroces? .

No queda más que una instancia: la instancia internacional. Es esencial que la comunidad internacional se atribuya, por concierto previo de los Estados una competencia específica para controlar estas situaciones.

En concreto, los Estados han separado las situaciones más apremiantes, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a un juicio justo, etc. las que han calificado de **derechos humanos**, y **se han obligado internacionalmente, mediante acuerdos de esta naturaleza, a aceptar el control de la comunidad internacional cuando se sospeche que han incurrido en violaciones de tales derechos.**

b) Antecedentes de doctrina y jurisprudencia

El jurista venezolano, Andrés Aguilar, expresa lo siguiente:

"En lo que respecta a la legitimación pasiva, basta decir que sólo son admisibles las comunicaciones o peticiones en las cuales se impute la violación de derechos protegidos en el sistema a un **Estado** miembro de la Organización de Estados Americanos. En consecuencia, deben ser declaradas inadmisibles las peticiones en que se aleguen violaciones a los derechos humanos por parte de otros Estados o de **personas naturales** o jurídicas de derecho privado.

Esta precisión es particularmente importante, porque en repetidas ocasiones se ha pretendido que la Comisión conozca de peticiones o comunicaciones en que se alega la violación de derechos humanos por movimientos u organizaciones que tienen por objeto la subversión del orden establecido. A este respecto la Comisión ha sostenido reiteradamente que si bien repudia el terrorismo y el uso de la violencia para imponer determinadas opciones políticas, sólo puede conocer de las violaciones a los derechos humanos **atribuídas a los Estados** sobre los cuales tiene competencia".

Por su parte, Edmundo Vargas Carreño, Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, afirma:

"Sólo en casos muy particulares la Secretaría ha rechazado de plano una petición. Estos casos especiales, de acuerdo a la práctica que se ha seguido son:

b) Cuando la violación se imputa a una persona o grupo de personas que no son un órgano o agente del Estado, al cual tampoco se le imputa violación por omisión. Ejemplo: denuncias recibidas contra terroristas y subversivos en Nicaragua (durante la época de Somoza), El Salvador y en Guatemala.

El jurista brasileño G.E. De Nacimento E Silva, señala:

"La Comisión, con anterioridad, había fijado su posición en relación a la subversión y al terrorismo al esclarecer de manera precisa que los Estados Americanos nunca entregaron a la Comisión tipo alguno de jurisdicción en lo tocante al terrorismo y a la subversión, ya que su función es investigar **exclusivamente los actos imputables a los gobiernos.** Debo precisar, aún, que si la Comisión, violando su mandato, aceptase dar tramitación a una denuncia sobre algún supuesto acto de terrorismo, ella estaría implícitamente colocando a las organizaciones terroristas en un pié de igualdad con los gobiernos, ya que la Comisión tendría que **tramitar** la denuncia recibida con la organización terrorista a la cual se atribuye la acción ilícita, pidiéndole que presente sus observaciones pertinentes. No puede caber duda alguna de que las organizaciones terroristas tendrían la mayor de sus satisfacciones al ser tratadas como si fuesen un gobierno. En otras palabras, la aceptación de denuncias relativas a actos terroristas vendrían al encuentro de los intereses de los grupos subversivos e implícitamente se estaría elevando el status internacional de tales grupos, ofreciéndoseles aún mayores medios para su propaganda".

En el caso **Irlanda** (1972) la Comisión Europea de Derechos Humanos, estableció:

"La responsabilidad de un Estado bajo la Convención Europea de Derechos Humanos puede surgir por actos de todos sus órganos, agentes y servidores... El sistema de protección de derechos humanos establecido en la Convención está configurado **en forma de obligaciones que comprometen a los Estados.** Desde un punto de vista procesal, el resultado es que todas las denuncias de violación han de ser hechas **en contra de los Estados como demandados.** En este sentido ellos son "**responsables**" por cualquiera violación dentro de sus jurisdicciones, por actos que les sean imputados en la forma antes explicada. (Refiriéndose al caso particular de la tortura, la misma Comisión expresa con relación al caso **Grecia:**) En primer lugar, los actos prohibidos en el art. 3 (que prohibe la tortura) de la Convención (Europea de Derechos Humanos) comprometerán la responsabilidad de una parte contratante sólo si son cometidos por personas que ejerzan una autoridad pública. Las transgresiones al art.

3 son, por tanto actos **gubernamentales**".

En el caso particular del delito de tortura, la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura de 1984, define este delito en los siguientes términos:

"1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona, dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimiento sean infligidos **por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas**, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Por último, la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura, establece:

"Artículo 3

Serán responsables del delito de tortura:

a) Los empleados o funcionarios públicos que **actuando en ese carácter** ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan;

b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices".

LOS DERECHOS HUMANOS COMO CRITERIO DE LEGITIMIDAD DEL ORDEN JURIDICO INTERNO

Felipe González M.

Me corresponde abordar el tema de la recepción de los Derechos del Hombre en la legislación interna desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

Como salta a la vista, mi posición para dicho abordaje es bastante particular, puesto que a diferencia de lo que ocurre con otras disciplinas jurídicas —por ejemplo el Derecho Penal o el Derecho del Trabajo—, la Filosofía del Derecho no se hace cargo específicamente de un área determinada del orden jurídico.

En cambio, la Filosofía del Derecho podría estudiar el problema desde otros enfoques y formas de ordenación del mismo, ya fuera, por ejemplo, reflexionando sobre la relación entre libertad, igualdad y recepción de los Derechos Humanos, o bien —siempre a título ejemplar— centrándose en el problema interpretativo envuelto en la recepción. En realidad, el tema admite múltiples lecturas desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho.

El camino que he preferido seguir es, como se ha adelantado, el estudio del tema de los Derechos Humanos como criterio de legitimidad del orden jurídico interno. Este tema permite ofrecer un enfoque amplio, a la vez que resulta complementario de las ponencias relativas a ramas jurídicas específicas. De hecho, y hasta donde llega mi conocimiento previo de los planteamientos que se formularán por otros ponentes en el Seminario, dichos planteamientos llevan implícita o explícitamente incorporado este criterio de legitimidad. De allí que durante las sesiones de preparación de este Seminario me haya convencido de que este tema resultaba ser el más provechoso.

Esta exposición consta de cuatro partes:

en la 1a., se describe brevemente el proceso que ha permitido alcanzar un cierto consenso en torno a la idea de que los Derechos Humanos puedan constituir un criterio de legitimidad del orden jurídico interno.

— en la 2a., se revisan algunas de las principales objeciones levantadas en contra de tal idea, así como las respuestas posibles a esas objeciones.

— en la 3a., se analiza la distinción entre validez jurídica y legitimidad y el sentido de esta distinción en el caso de la Doctrina de los Derechos del Hombre.

— en la 4a. parte y final, se exponen algunas consecuencias prácticas de este problema en el momento que Chile vive actualmente, de antesala a una transición a la democracia.

Los Derechos Humanos como punto de partida para el problema de la legitimidad constituyen una perspectiva netamente moderna.

Es cierto que ellos encuentran sus fuentes más lejanas en formas del pensamiento e instituciones jurídicas muy anteriores a la Era Moderna y así podríamos hallar ejemplos de lo primero en diversas escuelas iusnaturalistas y de lo segundo en manifestaciones del Derecho Romano.

Sin embargo, una cosa es rastrear orígenes y fuentes y otro precisar el momento en que los Derechos Humanos son colocados en el punto de partida, en la base del problema de la legitimidad del orden jurídico interno.

Esta formulación moderna es realizada fundamentalmente por el pensamiento iusnaturalista ilustrado, el que pondrá énfasis en los llamados Derechos Civiles y Políticos, los que más tarde, con el desarrollo de la Doctrina de los Derechos Humanos, serán conocidos como "Derechos Humanos de la Primera Generación".

Una vez que los grupos inspirados en estas ideas acceden al Poder, se produce un giro y ello redunda en un fenómeno de conservadurismo. Esto, que pudiera parecer a primera vista una paradoja, no debiera en realidad ser motivo de mayor sorpresa, puesto que las Escuelas Iusnaturalistas históricamente han oscilado entre el desempeño de un papel revolucionario y otro conservador. De manera que el giro experimentado por la escuela iusnaturalista ilustrada no viene sino a confirmar una regla, con el alcance de que tal vez el giro haya sido en esa oportunidad más brusco y radical que en el caso de otras Doctrinas. Probablemente su sesgo racionalista y su pretensión de haber dado con sistemas acabados y coherentes contribuyó en forma decisiva a ello.

Es importante, en cualquier caso, tomar nota de este giro, ya que puede resultar ilustrativo para algunas observaciones que haremos más adelante.

El caso es que para llegar a reunir un consenso de importancia en torno suyo, la doctrina sobre los Derechos Humanos debería pasar todavía por otras varias etapas. Es así como en el siglo pasado, y como consecuencia de las nuevas formas de producción y trabajo introducidas por la Revolución Industrial así como por la aplicación de Políticas Económicas ultraliberales, se producirá una marcada diferenciación y hasta polarización social. En este contexto, cobran fuerza los postulados de los movimientos socialistas y más tarde, hacia fines de siglo, la Iglesia Católica se abocará a la cuestión social a través de lo que se conocería como Doctrina Social de la Iglesia. Paralelamente, en distintos países se va advirtiendo la necesidad de no dejar entregadas las relaciones de trabajo al libre juego de la oferta y la demanda, lo que equivale, en el ámbito jurídico, a no dejar entregada su regulación a las laxas normas del arrendamiento de servicios del Derecho Civil. Esto sólo marca el comienzo, por cierto, ya que hasta el día de hoy, se continúa engrosando el catálogo de derechos, instituciones y mecanismos vinculados al campo laboral y económico, habiéndose apreciado también la estrecha vinculación de esas áreas con el campo cultural. El conjunto de estos Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entonces, pasarán a conformar los que actualmente se conocen como "Derechos Humanos de la Segunda Generación".

Los Derechos Civiles y Políticos, por un lado y los Económicos, Sociales y Culturales, por otro, habían ido colocándose paulatinamente en el centro de la discusión. Pero ello ocurrirá propiamente solo con posterioridad a la 2a. Guerra Mundial, cuando a partir del rápido desarrollo de diversos instrumentos internacionales sobre la materia, así como del resultado de los juicios de Nüremberg y Tokio, se va a ir estructurando todo un pensamiento sobre los Derechos Humanos, a un punto no alcanzado antes. La concepción de los Derechos del Hombre pasará a situarse, a partir de entonces, en el centro del debate político y jurídico.

Este proceso, sumado a otros antecedentes cuyo detalle sería largo reseñar, va abonando el terreno para un consenso en torno a los Derechos Humanos como problema central.

Hemos señalado que la formulación original de la concepción de los Derechos del Hombre se encuentra en el siglo XVIII y más precisamente en el pensamiento de la Ilustración. Desde entonces, y hasta me-

diados de este siglo, esta concepción experimentó una serie de transformaciones. Pero desde mediados de este siglo es de tal magnitud el avance en cuanto a instrumentos internacionales y jurisprudencia, que nuevas formulaciones o, si se quiere, re-formulaciones, se van volviendo imprescindibles, como única manera de dar un cauce adecuado a los **nuevos alcances** que se van advirtiendo en la doctrina de los Derechos Humanos.

Uno de estos nuevos alcances sobre el que se va poniendo el acento y respecto del cual resta todavía mucho por decir por la doctrina, es el tema de los Derechos Humanos como criterio de legitimidad del orden jurídico interno.

No me propongo aquí hacer una defensa acabada del por qué deba situarse a los Derechos Humanos en este papel. Ello requeriría entrar al análisis pormenorizado de una serie de derechos en particular. Precisamente, la metodología adoptada en este Seminario me permite soslayar este punto, ya que ese análisis será realizado a partir de distintas disciplinas o ramas del Derecho.

Lo que me propongo, en cambio, es examinar las principales objeciones levantadas en contra de la idea de situar a los Derechos Humanos como pauta de legitimidad. Estas objeciones apuntan a diversos flancos en que la Doctrina de los Derechos del Hombre se mostraría débil y supuestamente imposibilitada de proporcionar soluciones satisfactorias. Estas debilidades, en definitiva, le impedirían a esta doctrina un papel de tal naturaleza.

Revisemos entonces estas objeciones:

1a. objeción: se plantea que estas teorías modernas sobre los Derechos Humanos carecerían de criterios bastantes para fijar límites a los derechos de cada uno, de cada persona. A diferencia de otros criterios de legitimidad, que habrían resultado presuntamente más precisos al respecto, ya por su vinculación más estrecha o ya derechamente por su identificación con un determinado cuerpo de normas morales o religiosas, la doctrina de los derechos del hombre, más abierta en este sentido, y que reconoce fuentes más plurales y diversas, no serviría de marco apropiado para determinar las fronteras de los derechos de cada cual. Se plantea, incluso, que muy por el contrario de buscar precisar estos límites, la doctrina de los derechos del hombre se traduce en un permanente acicate, en un permanente estímulo para que cada cual empuje cada vez más por la extensión de sus propios derechos.

2a. objeción: que en cierto sentido es complementaria de la primera: la imposibilidad de ofrecer una adecuada solución a los conflictos de derechos a partir de estas concepciones. La concepción de los Derechos Humanos, así, no podría constituirse como criterio de legitimidad. Porque, ¿qué debe primar? ¿El derecho a la libre expresión de una persona o grupo o la vida privada y el honor de terceros? ¿Ciertos derechos de una persona o los del conjunto de la población que requiere de una garantía al ejercicio adecuado de sus derechos a través de cláusulas relativas a la estabilidad del sistema, como la Seguridad del Estado o el Orden Público?.

Y en último término, ¿no se nos reproduce aquí justamente el antiguo conflicto entre libertad e igualdad? Si, como algunos autores han hecho, vinculamos los Derechos Civiles y Políticos a la libertad, y los Económicos, Sociales y Culturales a la igualdad, ¿de qué modo podremos resolver este conflicto?.

3a. objeción: la teoría de los Derechos Humanos excluye la idea de deberes o por lo menos la diluye, volviéndola inoperante. Puesto el énfasis en el problema de los derechos de cada cual, se pierde el sentido de los deberes, los que quedarían sin justificación. Hay que anotar en este punto que esta objeción se refiere al sentido de los deberes personales, y frecuentemente pasa por alto el problema del deber del Estado en la protección de los Derechos Humanos, central en la concepción de los Derechos del Hombre.

4a. objeción: por éstas y otras carencias o insuficiencias, en definitiva la Doctrina de los Derechos Humanos nos reconduce al problema del Poder. Será la fuerza individual según algunos críticos o el Poder de los grupos dominantes en la sociedad, según otros, el que en último término establezca los derechos de cada cual. Con ello, estamos de regreso en el punto de partida y la doctrina de los Derechos Humanos resulta inconducente, puesto que no sólo no ha conseguido eliminar la arbitrariedad y el dominio del más fuerte, sino que ha agravado la situación al acabar con ciertos parámetros o terminar con el recurso a valores tradicionales que podían atemperar ese dominio. El problema del Poder, en consecuencia; continúa, por así decirlo, "tan indomable" como siempre.

Lo más grave del asunto es que estas insuficiencias no obedecerían a una mera falta de suficiente desarrollo en la doctrina: ellas se hallarían en la propia raíz de estas concepciones. La formulación misma de la Doctrina de los Derechos Humanos sería la errónea.

De esta manera, el problema de la legitimidad no quedaría

en modo alguno solucionado, puesto que esta Doctrina dejaría cuestiones centrales sin resolver y mal podría aspirar a erigirse como criterio de legitimidad del orden jurídico interno.

Revisemos estas objeciones:

Las dos primeras están íntimamente conectadas, puesto que cuando nos referimos aquí a los límites de los derechos no nos estamos refiriendo a las limitaciones que nos impone nuestra naturaleza —nuestra conformación orgánica, por ejemplo—, sino que a una relación entre seres humanos. El conflicto de derechos dice relación precisamente con dichos límites.

En este punto procede detenerse y hacerse una pregunta: la concepción de los Derechos Humanos, ¿nos proporciona criterios últimos, definitivos y absolutos para resolver el asunto de los límites y el conflicto de derechos? Me parece que no. Pero me parece que tampoco consiste en eso su propósito. Un propósito desmesurado por lo demás. ¿Pero quiere decir ello que carece de todo criterio para resolver estos problemas? Creo que sí posee dichos criterios, algunos de orden teórico y otros de orden práctico.

De partida, hay que considerar que esta concepción no viene a echar por tierra toda la tradición del pensamiento jurídico. No sólo no hace eso, sino que a menudo recoge elementos de esa tradición. Esta concepción lo que hace, entonces, es informar de nuevos contenidos a diversos campos del Derecho, sirviendo, por otra parte —y para utilizar una expresión de Alf Ross—, de esquema de interpretación, de forma de comprensión por excelencia de ese Derecho. Pero sin que ello implique necesariamente hacer tabla rasa con el pensamiento jurídico anterior.

Si se piensa por ejemplo en el clásico problema de la legítima defensa se advierte palmariamente que el conflicto de derechos no es una cuestión nueva. ¿Dónde comienza mi derecho a una defensa legítima y en qué punto acaba? A propósito de un problema como éste, la concepción de los Derechos Humanos no tiene por qué necesariamente ofrecer una solución completamente nueva, sino que más bien puede recurrir a desarrollos del problema realizados en la doctrina, jurisprudencia y legislación penales, acotando aquí o allá o reinterpretando el sentido de algunos de sus elementos si ello pareciere adecuado.

Lo propio cabría afirmar en cuanto a algunas materias del Derecho Civil. Así, por ejemplo, la vieja discusión acerca del valor jurídico del aspecto formal en los contratos versus la buena fe necesaria de

parte de los contratantes, envuelve un conflicto de derechos. Podemos estar ante un contrato formalmente válido pero con carencias desde el punto de vista de la relación entre los contratantes. Esto fácilmente puede derivar en un conflicto de derechos.

Ahora bien, esto no significa desconocer que la doctrina de los Derechos Humanos ha debido abordar y continuará abordando algunos problemas relativos al conflicto de derechos. A menudo se trata de cuestiones en alguna medida ya debatidas en el pensamiento jurídico, pero cuyo tratamiento es considerado notoriamente insuficiente, cuando no contradictorio con postulados elementales de Derechos Humanos. Tal es el caso, a mi entender, del conflicto de derechos en el plano de los Estados de Excepción Constitucional. Aquí, entre otras cosas, se plantea que el punto no debe mirarse desde la óptica de un conflicto entre Derechos Humanos y Poder Público, sino que se está ante un conflicto de derechos, en el que habrán de restringirse algunos de ellos para salvaguarda de otros. La finalidad de los Estados de Excepción, en consecuencia, no es la de proporcionar estabilidad al Poder Público por el solo hecho de poseer éste tal calidad, sino que debe tratarse de un Poder Público protector de los Derechos Humanos y que da muestras de que tal es su objetivo con la declaración de un Estado de Excepción en un caso determinado.

Con arreglo a estas bases, entonces, pueden diseñarse criterios a seguir, como por ejemplo se hiciera en los denominados Principios de Siracusa, sobre las disposiciones de limitación y derogación de derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ellos fueron elaborados en 1984.

Es cierto, por otra parte, que en el tratamiento de problemas de esta naturaleza la concepción de los Derechos Humanos se encuentra en proceso de desarrollo, pero no se divisan a mi juicio carencias o insuficiencias "estructurales" —por así llamarlas— en la concepción, que hagan pensar que no tiene destino como criterio de legitimidad.

Siempre en el orden de los conflictos de derechos, me parece importante señalar que esta clase de objeciones suele provenir de algunas posiciones iusnaturalistas —de algunas, recalco—, que plantean como aparente toda colisión de derechos. La colisión, el conflicto, sería solo una apariencia, puesto que de otro modo se entraría en pugna con el orden armónico de la naturaleza. Estas tesis se desarrollan especialmente a partir de ciertas interpretaciones del pensamiento aristotélico.

Soy de la idea en cambio, que los conflictos de derechos en

ciertas circunstancias subsisten, por más que puedan diseñarse criterios para la resolución de casos concretos. Así como en las Ciencias Sociales cobra fuerza la idea de que la noción de "conflicto social" debe ser analizada en profundidad y puede resultar fértil, considero que en el campo jurídico puede suceder algo similar con la noción del "conflicto de derechos". Por lo mismo, no se trata de eludirla sino de enfocarla apropiadamente.

Por último, la concepción de los Derechos Humanos está directamente vinculada con ciertos mecanismos prácticos de resolución de conflictos, a los que inspira con su idea de una libertad igual para todos. Tal es, por ejemplo, el caso de las reglas del juego democrático en el orden político, o de la institución del debido proceso en el orden de los conflictos particulares.

Por lo que se refiere a la tercera objeción, relativa a la exacerbación de la reivindicación de los derechos en menoscabo de la exigencia de cumplir los deberes, hay que decir lo siguiente: en lo que concierne a deberes propiamente jurídicos, éstos se centran fundamentalmente, de acuerdo a esta concepción, en el Estado. Sin embargo, esta concepción no sólo posee alcances jurídicos, sino también morales. (De hecho, esta misma exposición trata de Derecho como de Moral). En este último contexto, creo que la objeción no se justifica. Es cierto que tradiciones por largo tiempo arraigadas acerca de lo que el sentido del deber personal significa, pueden haber perdido fuerza. Pero lo que ha cobrado vigor a través de esta concepción, en cambio, es el énfasis en un sentido del deber personal vinculado más estrechamente a los problemas sociales. Este énfasis ha dado resultados relativos, ya que operan en su contra muchos factores, pero de que está en la base de los Derechos Humanos lo está. En definitiva lo que se persigue es una ética solidaria y no una ética auto-referente.

No me extenderé más allá sobre el particular, ya que escapa al curso central de esta exposición.

La objeción con la que yo me andaría "con pies de plomo" sería la relativa al problema del Poder. Strictu sensu, y como toda forma de pensamiento, esta concepción constituye una forma de Poder. Y una concepción como ésta, vinculada al Derecho y la Política, con mayor razón, ya que las manifestaciones de Poder que puedan estar aquí involucradas son muchas.

La pregunta es si esto impide que esta concepción se constituya como un criterio de legitimidad del orden jurídico. Si partimos del

supuesto que requerimos de un criterio de legitimidad, debemos concluir que estos solos antecedentes no constituyen un impedimento. En efecto, se trata de antecedentes que están detrás de cualquier criterio de legitimidad de un orden jurídico.

Luego, el elemento diferenciador debe estar en otra parte. A mi juicio, el mismo tendría que ser buscado, de partida, justamente en los planteamientos de esta concepción acerca del problema del Poder. Sin entrar en pormenores exhaustivos, creo estaremos contestes en que precisamente algunos de los puntos a que se orienta la doctrina de los Derechos Humanos es a controlar el Poder, a fijar cortapisas a su ejercicio discrecional, a defender la no-discriminación y a otros de parecido tenor.

Sin embargo, éste es tan solo un aspecto. Y el aspecto decisivo, pienso, es otro: es una cuestión de hecho. Las doctrinas, evidentemente, no existen por sí solas. Se sustentan en grupos sociales, comunidades intelectuales, sectores políticos, etc., etc. Las doctrinas pueden perder su rumbo y seguir derroteros imprevistos. De suceder esto último, el valor que sus ideas originales pudieran haber tenido será insuficiente para sostener su pretensión de servir de criterio de legitimidad.

En el caso de la doctrina de los Derechos Humanos —y me refiero aquí a su desarrollo más contemporáneo, en la segunda mitad de este siglo— considero, en una apreciación general, que ella no se ha desvirtuado y que, por el contrario, ha ido adquiriendo nuevos y positivos alcances.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que su desarrollo se encuentra todavía en una etapa inicial en algunos aspectos y que, por lo tanto, es de prever que los desafíos más complejos para ella están todavía por presentarse.

Formuladas estas bases, pasemos ahora al problema de la validez y la legitimidad. La pregunta que traigo a debate es acerca del sentido y función de esta distinción en el contexto de la Doctrina de los Derechos Humanos.

Esta distinción, en la que han colocado énfasis especialmente las distintas vertientes de lo que usualmente se conoce como positivismo jurídico, ha sido asumida a menudo desde esas mismas posturas, con un criterio formal y logicista. Básicamente, la distinción puede ser descrita de la siguiente manera: por validez del Derecho se entiende el modo particular de su existencia. Usualmente, en la tradición del positivismo jurí-

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES BIBLIOTECA

dico, se circunscribe este ámbito a un cuerpo de normas jurídicas, escritas o consuetudinarias, según sea el sistema de que se trate. Con ello se ha descuidado un punto: el hecho de que un principio jurídico puede ser igualmente válido en un momento determinado. En este entendido, entonces, un juicio de validez será un juicio de existencia —de existencia en el ámbito del Derecho— de una norma o principio.

El problema de la legitimidad en tanto, se refiere a la calificación, desde un punto de vista moral, de las normas y principios que operan al interior de un orden jurídico. En último término, el orden jurídico como conjunto puede ser también calificado. Llamamos juicio de legitimidad a la proposición por medio de la cual realizamos dicha calificación.

Esta distinción planteada como una dicotomía, como un corte radical, ha sido blanco de certeras críticas, tanto desde el punto de vista de las modernas teorías sobre el lenguaje como desde otras perspectivas.

Por lo demás, se trata en última instancia de una distinción a los efectos del análisis, que bien pudiéramos o no recoger. Es así como no resulta por sí mismo un contrasentido el identificar el contenido de ambos tópicos: validez y legitimidad. En otras palabras, identificar el contenido del conjunto de principios y pautas que sirven para calificar un orden jurídico con el contenido de los principios y normas que conforman dicho orden.

No otra cosa fue lo que, en el fondo, se hizo tras el advenimiento al Poder de los defensores del iusnaturalismo racionalista ilustrado.

La posibilidad de efectuar esta identificación constituye, a mi juicio, una seductora tentación, siempre latente, pero que envuelve graves peligros. La tentación de identificar la propia acción con la norma moral, o, en el caso que nos ocupa, la tentación de identificar las normas e instituciones que nos regulan con los valores mismos a los cuales aspiramos, son ejemplos de la tentación de querer vernos convertidos en dioses, y en el ámbito de lo social, suelen ser un terreno pavimentado para conservadurismos rígidos, para la intolerancia y, en casos extremos, para el totalitarismo. Este peligro, sostengo, subsiste aún para el caso de que la Doctrina desde la cual partamos sea la de los Derechos Humanos, según procuraré mostrar más adelante.

Por lo mismo, incluso para el caso que consideremos que la

Doctrina de los Derechos del Hombre debe ser el criterio de legitimidad, me parece indispensable rescatar la distinción entre validez y legitimidad. Pero asumiendo esta distinción a partir de un nuevo enfoque, despojándola de los criterios formalistas con los que tradicionalmente se la ha entendido y reconociendo que no se trata de un corte radical entre ambos ámbitos. Partiendo de la base que debe ser el espíritu que anima a la concepción de los Derechos Humanos el que debe servir de marco adecuado, de esquema para interpretar el sentido de esta distinción.

En abono de la tesis de recoger esta distinción, considero que puede argumentarse a lo menos a partir de 2 clases de razones:

A) Existe, en primer lugar, un problema de certeza y seguridad jurídicas en juego. Con esto me refiero a que debe garantizársele a cada ciudadano un mínimum de información acerca de cuáles son, en qué consisten, qué límites poseen y qué consecuencias acarrean sus derechos. Esto es, y una vez más, no hablamos de nociones formalistas de certeza y seguridad jurídicas, sino de nociones entendidas en el contexto de la concepción sobre los Derechos Humanos.

En el estado actual de la Doctrina de los Derechos Humanos es necesario reconocer que existen áreas insuficientemente cubiertas, desarrolladas solo parcialmente o, incluso, en franco proceso de formación o estructuración. Piénsese, por ejemplo, en el caso de los llamados "Derechos Humanos de la 3a. Generación", a los que no he querido aludir antes, y que comprenden el Derecho a la Paz, al Desarrollo y otros. En casos como éste no puede sostenerse que se satisfagan las 4 exigencias que antes he planteado en cuanto al nivel de información. Por lo mismo, la necesidad de recurrir a otros elementos del pensamiento jurídico resulta más palmaria que nunca. Si el recurso a esos elementos se vuelve a menudo indispensable en los más distintos terrenos —como antes he afirmado en esta exposición—, ello se vuelve doblemente necesario en situaciones como la recién descrita.

Postular entonces que todos los ámbitos son susceptibles de ser cubiertos por la concepción sobre los Derechos Humanos constituye no sólo una aspiración desmedida, sino que en último término se transforma en un obstáculo para el desarrollo de los fines que animan a esta perspectiva.

B) Un segundo orden de razones en favor de la distinción entre validez y legitimidad se refiere al problema de la permeabilidad y flexibilidad del sistema jurídico. En efecto, pretender identificar el conjunto de una Doctrina con el Derecho que rija en un momento y lugar determina-

do contribuye a rigidizar las cosas, a inmovilizar, a frenar cambios o innovaciones. En fin, pretender esta identificación nos llevaría de retorno al péndulo conservador/revolucionario al que se han visto arrastradas tantas doctrinas morales, religiosas y jurídicas. No importa cuán excelsa pueda parecernos la doctrina: el peligro quizá pueda atenuarse en ciertos casos, pero siempre subsistirá.

El recoger la distinción analítica entre validez y legitimidad, en cambio, podría permitirnos sortear esa encrucijada. Al no identificarse el Derecho vigente en un momento y lugar determinado con la totalidad de la Doctrina de los Derechos Humanos, sino a lo sumo como una aproximación a ella, la actitud vigilante y crítica acerca de la legislación no cejará ni perderá su sentido. Ello permitirá, por su vez, la introducción constante de nuevas reformas y avances, flexibilizándose el sistema, volviéndolo más permeable a la percepción social y en último término, y por eso mismo, garantizando su estabilidad. Una estabilidad dinámica, por cierto.

Este argumento, por lo demás, descansa en la idea de que la manera misma de entender e interpretar los Derechos Humanos ha experimentado notables transformaciones y nada hace pensar que esas transformaciones vayan a terminarse.

Un ejemplo tomado de mi propia experiencia en el marco de una investigación desarrollada en el Programa de Derechos Humanos de la Academia de Humanismo Cristiano, sobre Seguridad Interior y Derechos Humanos en Chile desde el año 1925 en adelante, puede resultar ilustrativo a este respecto.

Al revisar los debates parlamentarios y la jurisprudencia en estas materias, y contrastarlos con el género de ideas que se manejan actualmente se advierten notables cambios. No es del caso abundar en detalles, pero creo que a grandes rasgos los acontecimientos políticos y sociales, así como el desarrollo experimentado por la Doctrina de los Derechos Humanos ha producido un cambio en la mentalidad de los juristas. Lamentablemente no puede decirse otro tanto de la jurisprudencia predominante , pero creo que el solo hecho de que la Asociación Nacional de Magistrados aparezca convocando a un Seminario de esta naturaleza constituye un buen índice de que también en este ámbito pueden surgir aires renovados en un futuro no lejano.

El punto es que desde la perspectiva del estado actual de la concepción de los Derechos Humanos se advierte un cierto sesgo autoritario en la forma en que tradicionalmente se entendía la relación entre

Seguridad del Estado y Derechos Humanos, así como entre Orden Público y Derechos Humanos. En última instancia, es el sentido mismo que se atribuía a la estabilidad política el que aparecía en cierta medida desvirtuado. Pareciera como que ciertos resabios de autoritarismo y de formas autocráticas de gobierno hubieran dejado una herencia y mantuvieran su carta de legitimidad al interior de un sistema democrático. Y digo esto porque a menudo se aparecía oponiendo la Seguridad del Estado a los Derechos Humanos, en una suerte de contradicción, sin advertir que el sentido de dicha seguridad y de la estabilidad política en general en un sistema democrático consiste en servir de herramienta por el adecuado ejercicio de tales Derechos.

Esta crítica no significa, desde luego, descalificar el sistema democrático que rigió en Chile, sino procurar hacer luz sobre algunas de sus carencias.

De cualquier modo, lo que salta a la vista es el hecho que haber pretendido identificar validez y legitimidad sólo hubiera contribuído a forzar las cosas.

El alcance que tienen estas consideraciones escapa con mucho al solo ámbito teórico, y posee importantes connotaciones prácticas, especialmente en momentos como los que vive nuestro país, en que el tránsito a la democracia ya no parece ser una quimera.

Pero antes de concluir esta exposición con la referencia a dichos alcances prácticos así como a su vinculación con el problema del poder —que ya anunciáramos—, pido se me permita una breve digresión sobre la noción de legitimidad. Una digresión que tiene que ver con lo que hemos venido planteando.

Como hemos señalado, por criterio de legitimidad de un determinado orden jurídico estamos entendiendo aquí el conjunto de pautas utilizadas para evaluar desde un punto de vista valorativo el Derecho de una sociedad. En base a este criterio será posible argumentar en favor de un determinado orden jurídico en la medida que satisfaga los requisitos fundamentales que ese criterio establezca, o bien, de no ser así, juzgarlo negativamente.

La noción de legitimidad, sin embargo, tiene la desventaja de ofrecer pocos matices, al menos en la forma en que usualmente es empleada. En efecto, casi de inmediato se nos aparece en una relación dicotómica con su contrapartida, la ilegitimidad. La verdad es que incluso le temo más al uso de la noción de legitimidad que al de la de ilegitimi-

dad. Y ello debido a que el excesivo recurso de la expresión "legitimidad" puede prestarse para favorecer conservadurismos y solventar sistemas rígidos. La tentación de identificar un sistema con el conjunto de valores a los que se aspira, se hace más patente en este caso.

De allí que, sin propugnar que la expresión legitimidad caiga, por así decirlo, "en desuetudo" —en desuso— piense que en general resulta más feliz y más fecunda la noción de "**moralidad crítica**", utilizada por algunos autores. Hart por ejemplo señala que esta noción corresponde al conjunto de los principios morales propios, al margen de si sean o no aceptados socialmente. Evidentemente, esta moralidad crítica tiene alcances jurídicos, y en nuestro caso ellos conciernen a la Doctrina de los Derechos Humanos.

Esta noción envuelve la idea —y explicita la idea— de que el juicio valorativo al orden jurídico interno habrá de ser permanente y que no tendrá lugar tan solo en situaciones de atentados extremos contra los Derechos Humanos.

Quizá sea necesario precisar que esta función crítica no sólo deberá servir como eventual instrumento de "lege ferenda", esto es, de modificaciones en la legislación, sino también como una forma de "testear" a los tribunales, es decir, como una forma de poner permanentemente a prueba nuevos argumentos ante los órganos jurisdiccionales.

En relación con este último punto, hay que poner el acento en que la distinción entre validez y moralidad crítica es en ocasiones tenue. Existe un ámbito de penumbra, especialmente al nivel de los principios más generales incorporados en el Derecho interno de un Estado —por ejemplo, en un catálogo de derechos constitucionales— no siendo posible determinar con exactitud donde terminan los principios al nivel del Derecho vigente y en qué medida son principios y valores de la moralidad crítica los que están siendo invocados.

Por lo mismo, la posibilidad de ganar espacios para la libertad y los Derechos Humanos en la discusión ante los Tribunales es también coherente con este planteamiento. Partiendo de la base, claro está, que se trate de órganos jurisdiccionales que reúnan ciertas características mínimas.

Entremos ahora a la cuestión final: a los alcances prácticos de estas consideraciones en la hora que vive nuestro país.

Si pensamos —como parece plausible hacerlo— que nos hallamos a las puertas de la transición a un sistema democrático de gobierno, es evidente que muchas de las demandas políticas y sociales se centrarán en el tema de los Derechos Humanos. La necesidad de incorporarlos con un papel central, no solo en nuestra legislación sino en la cultura cotidiana, en la vida práctica, surgirá con fuerza.

Se trata, por cierto, de una tarea enorme. Por lo mismo, y según nos aconseja la experiencia de estos años, se trata de una tarea que no sólo corresponde a las agrupaciones específicamente políticas ni a los órganos de un futuro gobierno democrático, sino al conjunto de la sociedad. Precisamente, la experiencia de estos años da cuenta de una labor de grandes magnitudes en la defensa de los Derechos Humanos, trabajo en el que han intervenido instancias sociales del más diverso carácter. Partiendo por las organizaciones dedicadas específicamente al problema de los Derechos Humanos, y siguiendo, con el curso de los años, con organizaciones sindicales, profesionales, etc.

El hecho de que algunas de estas diversas instituciones posean vínculos con organizaciones políticas, no las debe hacer perder de vista que tienen un papel propio que cumplir en la construcción de una sociedad más justa. En el caso específico de las organizaciones de Derechos Humanos, tengo la convicción de que éstas han alcanzado la solidez suficiente como para evitar creer que su tarea necesariamente desemboca en la política de partidos o que ella pasa a ocupar un papel secundario en la sociedad.

En este sentido, reconocer el papel fundamental desempeñado por las organizaciones no-gubernamentales (conocidas bajo la sigla ONG), me parece un dato elemental. Asimismo, creo indispensable que ellas continúen su trabajo en un contexto democrático. El desafío es doble: por una parte, mantener una independencia del Poder Político, lo que no significa un hiato entre aquéllas y éste. Pero así como está ese desafío de no disolverse en el entramado del poder político, está como contrapartida la necesidad de que tampoco se mantengan tan al margen de él que su actividad pase a estar revestida de un carácter solamente testimonial.

Todo hace pensar que la función de la moralidad crítica de la concepción de los Derechos Humanos adquirirá nuevos ribetes y deberá enfrentar situaciones nuevas en nuestro país. A mi juicio, no se trata de asumir actitudes maximalistas y exigir que con el solo advenimiento de la democracia, y en ese mismo momento, toda la legislación interna vaya a estar imbuida en el espíritu de estas doctrinas. En este sentido, es evidente que se vivirán distintas etapas y fases, que se tratará de un

proceso dinámico y que el estado de la legislación interna deberá evaluarse conforme a la **tendencia** que sigan los acontecimientos.

Pero por otra parte, y habida cuenta del duro trance que ha sufrido el país, así como de la necesidad de mantener viva la causa de los Derechos Humanos y no dejarla entregada al vaivén de las coyunturas y las negociaciones, resulta básico también mantener una actitud alerta, de permanente atención. Esto significa mantener un papel activo por parte de las organizaciones civiles, como entes que no acaban ni se disuelven en el Poder Político. Organizaciones que no tienen por qué asumir una actitud beligerante, sino una postura constructiva, en el entendido que se operaría en un contexto democrático. Será, que duda cabe, una adaptación difícil a un estado de cosas tan diferente, pero con el transcurso del tiempo es probable que ese papel llegue a adquirir perfiles nítidos, asumiendo de manera definida la función crítica.

También las Universidades y en particular las Facultades de Derecho tendrán un papel que jugar a este respecto. Ellas se encuentran en una posición inmejorable para avanzar propuestas en estos terrenos. Baste señalar a título meramente ejemplar que ellas se encuentran en posición de abordar de manera interdisciplinaria, desde las distintas ramas del Derecho e incluso en su relación con otras aproximaciones, la concepción de los Derechos Humanos, que de suyo solo puede ser comprendida desde una perspectiva con las características anotadas.

En ningún caso, entonces, se trata de una suerte de monopolio de las ONG, sino que instituciones de diverso carácter pueden intervenir en este proceso de crítica, evaluación y nuevas propuestas.

En definitiva, soy de la idea que una dosis de sano escepticismo frente al aparato estatal y ante el Poder Político en general puede dar frutos de importancia. Una dosis de escepticismo no pesimista ni radical, y que trasunte un grado de cautela frente a las grandes institucionalizaciones y los aparentes órdenes y regularidades; institucionalizaciones, órdenes y regularidades que por su rigidez o mesianismo implícito conspiran a veces en favor de su propia destrucción.

LA RECEPCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCION 1980

Mario Verdugo M.

1. ANTECEDENTES

1.1. Los ensayos constitucionales

Para la escuela del Constitucionalismo clásico el telos de todo código fundamental radica en la protección de los derechos que la célebre Declaración de 1789, denominara "Del Hombre y del Ciudadano". Es más, el capítulo destinado al reconocimiento de estos derechos, será considerado como la parte "dogmática" de la Constitución.

Ahora bien, nuestros ordenamientos de rango constitucional, desde sus primeras formulaciones, adhieren con la mayor fidelidad a los principios de la escuela clásica (1). No debe extrañar entonces que todas las constituciones dictadas en el pasado siglo, desde la provisoria de O'Higgins de 1818 hasta la de 1833, que habría de regir por casi un siglo, destinen capítulos o secciones de su articulado al reconocimiento de derechos y libertades. El catálogo de los mismos, con leves modificaciones, corresponde a la tendencia liberal-individualista propia de la época.

Cabe puntualizar, sin embargo, que en materia de libertad religiosa, los estatutos constitucionales reiterarían el carácter oficial de la religión católica, apostólica, romana y la exclusión del ejercicio público de cualquiera otro culto. Cierto es que, como una manifestación de tolerancia, por lo menos en la Constitución de 1828, se explicitaba que "nadie será perseguido ni molestado por sus opiniones privadas".

En lo que atañe a los derechos políticos, cabe consignar que, si bien los textos contenían expresas referencias a la forma republicana de gobierno, a la soberanía nacional o popular y a los derechos ciudadanos, en la práctica todo ello quedaba en gran medida desvirtuado por el carácter restringido del derecho de sufragio (2).

1.2. La Constitución de 1925.

Aun cuando en el mundo ya se habían difundido las tendencias del movimiento conocido como "neo-constitucionalista", cuyos orígenes se vinculan al período de la primera post-guerra mundial, la Constitución de 1925, en su texto primitivo, no parece percibir estos cambios.

En efecto, en lo que atañe al punto que nos interesa, mientras algunas constituciones de la época ya comienzan a incorporar a su texto los derechos de contenido económico-social, la mexicana de 1917 y la alemana de Weimer de 1919, por ejemplo, la Constitución de 1925, se mantiene fiel al catálogo liberal-individualista. Sólo en forma tímida, por iniciativa de Alessandri Palma, quien tomó argumentos de la obra de León Duguit, aparecen en los numerales 10 y 14 del artículo 10, algunas ideas que impregnan de un cierto contenido social la preceptiva del Capítulo tercero "Garantías Constitucionales".

Reformas constitucionales promulgadas en los años 1963 y 1967, con incidencia en el derecho de propiedad, darán a éstos una proyección más dinámica al introducir el concepto de "función social" del dominio. Pero será sólo en la reforma de Enero de 1971, conocida como "Estatuto de Garantías", donde realmente se incorporan al ordenamiento de 1925, los derechos de contenido económico-social. Los nuevos numerales 7, 14, 16 y 17 del artículo 10, contienen disposiciones que reconocen en forma amplia los derechos a la educación, trabajo, seguridad social y participación.

En materia de derechos políticos la Constitución de 1925, sin duda, implementó en mejor forma conceptual y técnica la democracia representativa. El sufragio limitado se configura como universal a partir de la reforma de 1970.

Los partidos políticos, reconocidos primeramente sólo en las leyes electorales, aparecen mencionados en forma incidental en el articulado 25 de la Constitución, pero con la reforma del Estatuto de Garantías, ya citado, van a pasar a tener reconocimiento constitucional como personas jurídicas de derecho público, con las más amplias garantías para el desarrollo de sus actividades dentro del sistema democrático republicano. En la misma disposición, artículo 9, se asegura a los ciudadanos el libre ejercicio de los derechos políticos.

2. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCION 1980

2.1. Fuentes del Capítulo III de la Constitución

En la elaboración del actual Capítulo III de la Constitución, "De los Derechos y Deberes Constitucionales", tuvieron participación la Comisión de Estudios de Nueva Constitución, el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno.

Cabe puntualizar, sin embargo, que la estructura global del articulado del Capítulo en referencia, corresponde al anteproyecto elaborado por la precitada Comisión.

Por otra parte, debe tenerse presente que, la primera formulación, con carácter provisional de esta materia, tuvo concreción, en el derecho positivo, a través del Acta Constitucional Nº 3 de Septiembre de 1976.

Ahora bien, según existe constancia en las Actas de la Comisión de Estudio, para los efectos de la elaboración de este Capítulo se tomó referencia de las siguientes fuentes: Capítulos III "Garantías Constitucionales" de la Constitución de 1925; "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948; "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" de 1948; Ley Fundamental de la República Federal de Alemania; Constituciones Venezolana, Colombiana y Ecuatoriana. Se escuchó además la opinión de diversos profesores universitarios.

Sobre este particular, parece de interés consignar la opinión del profesor don Enrique Evans de la Cuadra, miembro de la Comisión hasta el mes de Marzo de 1977: "en la preparación del Capítulo III de la Constitución 1980 convergieron, como no podía ser de otra manera a fines del siglo XX, una clara inspiración humanista cristiana y los principios libertarios del pensamiento laico. Hombres de diferentes concepciones ideológicas prácticamente terminaron ese capítulo en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución entre 1973 y 1977 e, igualmente cristianos y laicos lo aprobaron, casi sin modificaciones, en el Consejo de Estado de 1980. Es un antecedente que debe recordarse, al margen de otras banderías, actuales o futuras, que pudieren separar, esperamos que sólo en el terreno de las ideas, a los chilenos" (3).

2.2. Apreciación general del Capítulo III

Una apreciación general de los derechos reconocidos en el Capítulo III, circunscrita a los de corte clásico, conlleva a una cierta coincidencia con las consideraciones del profesor Evans. Efectivamente, la

normativa que nos ocupa se encuentra inspirada en los principios que ilustran la doctrina contemporánea de los derechos humanos.

Desde luego cabe recordar que el cartabón de la Constitución 1980: "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", reconoce antecedentes en las Declaraciones de 1789 y de 1948.

Otro tanto puede decirse respecto de las libertades (personal, de opinión, de conciencia, de reunión, asociación, de trabajo) y en lo que se refiere a las igualdades (ante la ley, la justicia, cargas y cargos públicos).

El derecho de propiedad aparece ampliamente reconocido y fuertemente garantizado, pero se admite que por ley puede ser limitado por motivos que deriven de la función social del dominio.

Cierto es que ha desaparecido la nacionalización como institución autónoma, se han circunscrito las causales de expropiación a la de utilidad pública e interés nacional. Las indemnizaciones al expropiar deberán ser canceladas siempre al contado (4).

2.3. Nuevos derechos reconocidos.

Debe mencionarse en primer lugar: "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona", sólo reconocido implícitamente en el ordenamiento anterior.

Como natural consecuencia del reconocimiento del derecho a la vida, debió abolirse en forma definitiva la pena de muerte —como lo hacen otros ordenamientos constitucionales. Sin embargo, se optó por mantenerla, para delitos contemplados en leyes aprobados por mayoría absoluta en ambas ramas del Congreso.

En el mismo numeral 1º del artículo 19, se contempla una disposición que impide legalizar en forma amplia el aborto.

Finaliza el mismo precepto, proscribiendo la aplicación de "todo apremio ilegítimo". Ello involucra, según constancia de las Actas de la Comisión, prohibir toda coacción física o psíquica, toda tortura o tormento (Sesión Nº 94).

El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, constituyen también derechos reconocidos en instrumentos internacionales y que la Constitución 1980, contempla en el

Nº 4 del art. 19. Lamentablemente, la modificación introducida al precepto, por indicación del Consejo de Estado, particularmente al agregar un nuevo inciso, deteriora en gran medida el alcance de la disposición.

También merece abierta aprobación el reconocimiento del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (Nº 8 art. 19). Tenemos entendido que sólo la Constitución Española de 1978, contiene una disposición con tal laudable propósito.

2.4. Recursos o acciones constitucionales

En el artículo 20 de la Constitución se establece el denominado recurso de protección, que ya tenía antecedentes en el Acta Constitucional Nº 3 de 1978. Se trata de una nueva institución que ha merecido los mayores elogios de todos los sectores.

A través de esta verdadera acción cautelar se permite restablecer el imperio del derecho cuando alguno de los consagrados en el Capítulo III —los taxativamente enumerados en el mismo artículo 20— han sido afectados en su legítimo ejercicio.

Al margen de ciertas vacilaciones jurisprudenciales, esta acción cautelar ha operado como un importante instrumento de tutela de los derechos fundamentales.

El recurso o acción de amparo, previsto en el artículo 21 del Código fundamental, reconoce en cambio, antecedentes en las anteriores constituciones de nuestro país. No obstante, la preceptiva actual denota una mejor sistematización y amplitud. Tanto la privación, como la perturbación o amenaza ilegal o arbitraria de la libertad personal o la seguridad individual, quedan tuteladas por la acción de amparo.

Cabría agregar que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que corresponde efectuar a la Corte Suprema, conforme lo dispone el art. 80, presenta igualmente un mejor tratamiento técnico y ofrece al Tribunal superior posibilidades correctivas más amplias que las que le otorgaba el ordenamiento anterior — y que lamentablemente no utiliza.

2.5. Los derechos de contenido económico-social.

Considerando que otros expositores de este seminario abordaron el tema de esta categoría de derechos, nosotros nos limitaremos a anticipar que, sin lugar a dudas, ellos aparecen en el Capítulo III, en estudio, manifiestamente minorizados. El avance que respecto a su recono-

UNIVER BIBLIOTE DIEGO PORT

cimiento se había hecho después de la promulgación del "Estatuto de Garantías", ha quedado invalidado.

Una desinteligencia del real alcance del principio de la subsidiaridad —implementado en la Constitución 1980— parece ser la causa principal de la actitud del constituyente respecto de estos derechos.

2.6. Los derechos políticos en la Constitución 1980

Sin entrar a consideraciones generales acerca de régimen político establecido por la Constitución 1980, y limitándonos tan sólo a los derechos que se suponen inherentes a todo ciudadano de una república democrática, debemos consignar algunas limitaciones que se consultan en el texto fundamental vigente y que nos parecen altamente inconvenientes.

Nos parece legítimo que el régimen democrático y el Estado de Derecho, puedan tomar medidas contra quienes con acciones atenten contra sus valores fundamentales.

Rechazamos, en cambio, la preceptiva que permite marginar de la vida ciudadana por razones simplemente ideológicas. Tal ocurre con el artículo 8 de la Constitución — mala réplica de los artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental Alemana.

En otro orden de ideas, siempre referido a los derechos políticos, la incompatibilidad entre la dirigencia gremial y la militancia política contemplada en el artículo 23, parece ser una restricción que atenta contra el derecho de libre asociación política.

Finalmente, atendida la realidad socio-económica y cultural de nuestro país, los requisitos de instrucción que la Constitución exige para ser diputado o senador —educación media cursada o equivalente— bien podrían ser estimados como discriminatorios. Tanto más si se considera que en materia de educación la responsabilidad estatal se circunscribe a la básica.

2.7. Los derechos fundamentales durante los estados de excepción constitucional.

En todos los ordenamientos jurídicos del mundo, se admite que los derechos fundamentales puedan ser suspendidos o restringidos en su ejercicio, durante los estados de excepción que se originan en un

país, como consecuencia de una guerra, conmoción interna o calamidades públicas.

Por consiguiente, en principio no cabría formular reproche a la Constitución 1980, por haber previsto en su articulado estos casos críticos. No obstante, la reserva se hace pertinente si se consideran algunas peculiaridades que presenta la normativa de excepción.

Desde luego resalta el alto número de los mismos (asamblea, sitio, emergencia, catástrofe — sin considerar el contemplado en la disposición 24 transitoria). La normativa pertinente, autoriza para dictar simultáneamente dos o más de estos estados (5).

Seguidamente destacan las múltiples facultades con que queda investida la autoridad ejecutiva en estos períodos de anormalidad. Prácticamente todo el expectro de derechos y garantías contemplado en el Capítulo III, queda sometido a eventuales suspensiones o restricciones.

Las medidas que la autoridad toma están exentas de control preventivo (Contraloría General de la República) y el control a posteriori por los Tribunales, como pasamos a ver, resulta prácticamente inoperante.

En efecto, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Nº 3 del artículo 41, el ámbito de aplicación de los recursos de amparo y protección es sumamente restringido durante los estados de excepción constitucional y "en caso alguno" los tribunales pueden entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades.

En otras palabras, los tribunales quedan con su potestad jurisdiccional mutilada y los ciudadanos a merced de la discrecionalidad del ejecutivo.

Cabría señalar, no obstante, que la preceptiva constitucional ha venido a consagrar en el articulado precitado, una desafortunada doctrina jurisprudencial que, tomando como fundamento una errada interpretación del principio de separación de funciones, considera que a los tribunales les está vedado interferir la actividad del ejecutivo durante los estados de excepción (6).

Igualmente censurable es la disposición que, apartándose de la doctrina universalmente aceptada sobre la materia, prolonga los efectos de las medidas adoptadas por la autoridad, más allá de la vigencia del es-

tado que la motivó. Tal es el caso de la expulsión del territorio de la República y de la prohibición de ingreso al país (art. 41 Nº 7).

3. A MANERA DE CONCLUSION

3.1. Lo positivo del Capítulo III de la Constitución 1980

Como ya se ha puntualizado, en lo que atañe al reconocimiento de los derechos de corte clásico (libertades públicas e igualdades formales), el estatuto fundamental, se mantiene fiel a lo que representa la tradición de nuestra historia constitucional. Incluso, tomando como referencia el contenido de los documentos internacionales sobre la materia, el Capítulo III presenta progresos desde el punto de vista conceptual y técnico. Se han incorporado nuevos derechos, se han explicitado y mejor sistematizado otros.

Las limitaciones que al ejercicio de estos derechos se hace en el texto, con invocación ya sea al orden público, la moral o a las buenas costumbres, corresponden a las generalmente aceptadas en el derecho comparado: el ejercicio de los derechos en sociedad no puede ser nunca absoluto.

Nos parece, en cambio, inconveniente la remisión que en algunos casos se hace a la "seguridad nacional", como limitante al ejercicio de los derechos fundamentales. Nos encontramos aquí ante un concepto de implicancias transpersonalista, con todas las consecuencias que ello implica.

Retornando a los aspectos positivos que ofrece el Capítulo en estudio, cabe reiterar la mención que se hizo a las acciones de amparo y protección. Ambas instituciones cautelares —perfeccionada una e incorporada la otra por primera vez a nuestro ordenamiento positivo— merecen el más franco elogio. Las deficiencias que en la práctica puedan presentar, son a nuestro entender, imputables a una inadecuada comprensión que de los mismos, suelen exhibir los tribunales superiores de justicia.

3.2. Aspectos negativos del Capítulo III

Debemos reiterar aquí las deficiencias que observamos en el estatuto de garantías incorporado a la Constitución vigente y que, en lo medular, se refieren al magro tratamiento que se hace de los derechos de contenido económico-social y a las discriminaciones que se establecen en materia de derechos políticos. En ambos aspectos la normativa constitucional aparece apartada notoriamente de la doctrina de los derechos humanos consagrada en las declaraciones y pactos internacionales.

Pero no hay duda que, las críticas mayores que se pueden formular al ordenamiento de la Constitución 1980, dicen relación con la precaria situación en que se deja a los derechos fundamentales durante los estados de excepción constitucional. Cuando más necesita el ciudadano de la protección de los tribunales, ante eventuales abusos o arbitrariedades del poder, el constituyente de 1980, lo priva de todo apoyo. Las acciones cautelares —mecanismos de defensa extremos— pierden toda eficacia, quedan invalidados.

3.3. Derechos humanos y régimen político

No podemos terminar nuestra intervención en este Seminario, sin decir dos palabras acerca de la estrecha relación que existe entre el régimen político y la protección de los derechos humanos.

Por muy perfecta que sea la preceptiva que se consulte en un texto constitucional acerca de los derechos fundamentales y sus garantías, ella será letra muerta y tendrá un mero valor nominal, si la sociedad en que ella se encuentra inserta no se desenvuelve dentro de un marco de vida democrático y conforme a los principios del Estado de Derecho.

Históricamente se encuentra comprobado que las autocracias —sean autoritarias o totalitarias— no son regímenes idóneos para dar cobertura a los derechos humanos. La concentración del poder y la ausencia de controles para el ejercicio del mismo, no pueden ser garantía alguna de protección para los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, habrá que convenir en que toda evaluación del contenido del Capítulo III de la Constitución 1980, debe tener un carácter provisional.

NOTAS

(1) Sobre el particular ver nuestro trabajo: "Los principios del Constitucionalismo Clásico en los Ordenamientos Fundamentales de Chile". Revista de Derecho Público Nº 19, 1976.

(2) En nuestro país, en 1958, se calculaba que sólo un 0,5 por ciento de la población tenía derecho a sufragio. Ver: Carrasco Albano: "Comentarios sobre la Constitución de 1833". Ed. Tornero, Valparaíso, 1858, p. 46.

(3) Evans de la Cuadra, Enrique: "Los Derechos Constitucionales", Ed. Jurídica de Chile, Santiago 1986, Tomo I, p. 20.

(4) La Comisión de Estudio consideraba un pago diferido de la indemnización hasta por cinco años, en caso de expropiaciones por "interés nacional". El Consejo de Estado propuso el pago al contado.

(5) Durante el Gobierno Militar, se han decretado hasta tres estados de excepción en forma simultánea.

(6) Sobre el particular ver de Caffarena, Elena: "El recurso de Amparo durante el Estado de Sitio". Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1957.

RECEPCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LA LEGISLACION INTERNA CHILENA EN RELACION A LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

Roberto Mayorga L.

1. Identificación de los derechos económicos, sociales y culturales.

En la investigación que sobre el tema hemos realizado, publicado en un anterior número de Cuadernos Jurídicos (1) se han identificado estos derechos de acuerdo a la siguiente clasificación:

a) Derechos Económicos
- Derecho al trabajo
- Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias
- Derecho de sindicación
- Derecho de huelga.

b) Derechos Sociales
- Derecho a la seguridad social
- Protección a la familia, matrimonio, maternidad, infancia y adolescencia
- Derecho a la protección de la salud.

c) Derechos Culturales
- Derecho a la educación
- Derechos culturales propiamente tales.

También se ha fundamentado en la investigación aludida, que el principal derecho económico, social y cultural, que engloba a los recientemente enumerados, es el derecho a un nivel de vida digno.

Nuestro propósito en el presente trabajo es examinar estos

1) Cuadernos de Análisis Jurídico Nº 6 Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naturaleza Jurídica. Roberto Mayorga L., Universidad Diego Portales. Octubre 1988, pág. 36 y sgts.

derechos, exceptuados aquellos que son objeto de análisis específico en este seminario y comparar su tratamiento en los principales tratados y cartas internacionales, en relación al que le concede la Constitución Chilena de 1980.

Afirmamos al respecto que, en relación a la concepción internacional, estos derechos se encuentran, en general, insuficientemente consignados en la Constitución de 1980. En efecto, esta Carta Fundamental carece de una conceptualización sistemática de estos derechos, los cuales suelen aparecer mezclados y confundidos entre los derechos civiles y políticos, algunos incluso desvirtuados y, prácticamente todos, exentos de garantización jurídica ya que el Recurso de Protección previsto en el art. 20 de la Constitución no se extiende a ellos. Al efecto, analizaremos a continuación estos derechos, con excepción de los derechos de familia que son objeto específico de otro trabajo del presente Seminario.

2. Recepción de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel internacional y constitucional.

2.1. Derecho a un nivel de vida digno.

La Constitución Chilena de 1980 no menciona al nivel de vida digno. No se asigna a éste ni directa ni indirectamente la calidad de derecho fundamental. A pesar de que en el capítulo denominado "Bases de la Institucionalidad", el art. 1, inciso 4, determina que el Estado debe contribuir a crear condiciones para la realización material y espiritual de la persona, ni el capítulo relativo a los "Derechos y Deberes Constitucionales", como ninguna de las demás disposiciones de la Constitución, reconocen la calidad de derecho al nivel de vida digno. No hay en la Carta Fundamental referencias para la alimentación, vivienda o vestuario, categorías éstos que, como veremos, son algunas de aquellas que integran la idea de nivel de vida.

Internacionalmente, en cambio, existe un amplio reconocimiento y recepción de este derecho.

El concepto y la composición del nivel de vida mínimo están definidos por las Naciones Unidas (2). El derecho a un nivel de vida

2) United Nations, International definition and measurement of levels of living, an Interi, Guide, Nr. E/CN 3/270/Rev. 1 New York 1961, pág. 3 y ss.

no sólo mínimo, sino además adecuado, es, junto a la libertad, una de las bases esenciales de la dignidad humana, como lo expresa el concepto, el nivel se relaciona directamente con la "vida" del ser humano. Esta no es digna cuando dicho nivel —que representa las necesidades básicas de la persona— no alcanza las tasas mínimas definidas internacionalmente. Puede afirmarse que entre la dignidad de la persona, fuente última de todos los derechos humanos, y el derecho a un adecuado nivel de vida, existe una vinculación similar a la que hay entre dicha dignidad y la libertad. Mientras la libertad, categoría esencial para la dignidad del hombre, es el fundamento de los derechos civiles y políticos, el nivel de vida adecuado, categoría también esencial, es el fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, el nivel de vida adecuado es presupuesto en el goce de la libertad. Así por ejemplo, poco sirve la libertad para contraer matrimonio y fundar una familia o la libertad educacional a quienes no poseen bienes que permiten adquirir o mantener una vivienda o costearse los estudios. O para citar un caso clásico, de poco sirve el secreto de la correspondencia a quienes no saben leer ni escribir (3).

El derecho a un adecuado nivel de vida es una categoría compleja que comprende a la vez a un conjunto de subderechos —en el sentido de subordinación—, entre los cuales cabe mencionar al derecho a la alimentación, vivienda, vestuario, protección de la salud, educación y cultura..

Los mecanismos de que debe disponer toda persona para procurarse dicho nivel de vida dicen relación con el trabajo y la seguridad social. A su vez el nivel de vida no se refiere al individuo considerado aisladamente sino como miembro de la familia, institución esencial y básica del organismo social. De esta manera, resulta claro que todos los derechos económicos, sociales o culturales giran en torno a la idea del nivel de vida adecuado. Sólo se hará efectivo este último, en la medida en que se realicen cada uno de ellos que lo conforman. Cada uno de estos se vincula por tanto, a través del concepto de nivel de vida, con la dignidad del ser humano. Un modelo económico que vulnere a estos derechos respecto de un sector de la población y por períodos de tiempo presuntamente necesarios para obtener resultados de índole social o económica, atenta en contra de las normas en que se contiene este derecho.

3) Hernekamp, Karl, Soziale Grundrechte, Berlin, 1979, pág. 13 y ss. Fromm, Erich, Haben order sein, München, 1979, pág. 181 y ss.

El derecho a un nivel de vida adecuado encuentra expresión, ya explícita o implícita, en todos los textos jurídicos antes individualizados. El Art. 11 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (4) señala que: "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Agrega enseguida el artículo que la responsabilidad por este nivel recae en el Estado, al mandar a éste a adoptar medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Esto es, el nivel de vida no queda sujeto a la simple suerte de las leyes del mercado. La dignidad de la persona requiere una preocupación directa de las autoridades que ejercen el poder, dirigida a dar cumplimiento a los requerimientos de alimentación, educación, salud, trabajo y seguridad social.

La carta de las Naciones Unidas (5) reconoce en dos ocasiones la necesidad de promover un nivel de vida adecuado, una vez en el preámbulo y la otra en el art. 55 letra a).

En la última parte del preámbulo se expresa: "Nosotros, los Pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad". Nivel de vida y libertad se rigen así como dos pilares básicos para las Naciones Unidas, relacionados como vimos, entre sí y directamente con la dignidad de la persona y fuentes, uno de los derechos económicos, sociales y culturales y el otro, de los derechos civiles y políticos.

La segunda vez que se mencione el nivel de vida en la Carta de la ONU se le liga a la paz, a la libre determinación y al trabajo. El art. 55 dice: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social". Se vincula así la noción nivel de vida con la de trabajo permanente, en armonía con la idea de ser éste el instrumento del cual debe disponer la persona a fin de procurarse un nivel de vida adecuado.

El Art. 56 vuelve a hacer presente la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de lo antes prescrito. Señala que todos los miembros —de la ONU— se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Art. 55". (6).

Aún más explícita que la Carta de la ONU es la Declaración Universal de Derechos Humanos (7), no sólo porque en su preámbulo vuelven a vincularse nivel de vida y libertad y por reconocerse expresamente a los derechos económicos, sociales y culturales, sino porque en el art. 25, inciso primero, se instituye al nivel de vida como un derecho fundamental. Textualmente se dice: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

Conjuntamente con la Declaración Universal es interesante citar la "Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social", también emitida por la ONU (8) y en cuya segunda parte se expresa que el desarrollo debe encaminarse a la continua elevación del nivel de vida, para lo cual se establecen como objetivos, entre otros, la organización del derecho al trabajo; del derecho de sindicación; del derecho a una nutrición adecuada; de los más altos niveles posibles de salud y de servicios sanitarios gratuitos; del derecho a la educación y a la cultura; del acceso a la vivienda; de la seguridad social y del seguro social; de la protección de la maternidad y la infancia.

Tampoco deja esta Declaración sobre el Progreso Social entregada la vigencia de los derechos señalados a la mera fortuna de los mecanismos del mercado, sino que invita expresamente a los Estados a que adopten medidas a fin de hacerlos realidad (9).

---

4) Este Pacto, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, entró en vigor el 3 de enero de 1976, United Nations, List of Signatures, Ratifications, Accessions, Nr. ST/LEG. D/12 New York, 1979, pág. 99.

5) La Carta de la ONU, firmada en San Francisco el 26 de julio de 1945, entró en vigor el 24 de octubre de 1945, Hervada, Javier. Textos internacionales de derechos humanos, Pamplona, 1978, pág. 635.

6) Hervada Javier, Textos Internacionales de Derechos Humanos, Pamplona 1978, pág. 684.

7) Naciones Unidas. Actividades de las Naciones Unidas en materias de derechos humanos. Nr. ST/HR/2. Nueva York, 1974, pág. 8 y ss.

8) Naciones Unidas, ob. cit., pág. 85.

9) Véase los Arts. 10 y 11 de la Declaración Social.

Otro ejemplo digno de citarse es el Acta Final del primer período de sesiones de la UNCTAD, celebrada en Ginebra el año 1964, y en la que se pone de relieve que para los países en desarrollo la elevación del nivel de vida constituye un deber (10). El uso de la expresión deber es correlativo al término derecho utilizado en los textos antes nombrados, y supone que la materialización de un adecuado nivel de vida no puede quedar entregada al simple juego de variables anónimas, sino que por el contrario, a la actividad responsable que al respecto ejecute el Estado.

Menos elocuente es la Carta de la OEA (11), tal vez porque su finalidad es reglamentar las relaciones entre los Estados de América y no detalla el contenido de los derechos de la persona. Así, en ningún momento habla explícitamente del derecho a un adecuado nivel de vida, utilizando en cambio conceptos parecidos como los de "derecho al bienestar material y al desarrollo espiritual" o "nivel económico decoroso" (12). Sin embargo, las disposiciones de la Carta de la OEA deben interpretarse, en estas materias, en armonía con lo dispuesto por el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, por haberlo así precisamente determinado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (13).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (14), a pesar de carecer de fortuna en su redacción, también muestra preocupación por el nivel de vida. A éste, directa o indirectamente se refieren los artículos 11, que contempla a la salud, alimentación, vestido y vivienda, 14 relativo al derecho del trabajo y 30, que fija deberes mutuos entre padres e hijos.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (15), que reconoce los derechos del trabajador —no de toda persona—, menciona ya en el preámbulo al nivel de vida. Interesante es su Art. 5, relativo a la alimentación, al vestuario, a la vivienda y al derecho a participar, definido éste, como la posibilidad de tener acceso a la "equitativa distribución del bienestar nacional, obteniendo, a precios razonables los objetos necesarios para la alimentación, el vestido y la vivienda. Según el propio Art. 5, para el logro de estas finalidades, debe asumir el Estado un rol activo, esto es, no puede plantear pasividad al respecto.

Por último, en el plano internacional rige desde 1978 el denominado Pacto de San José de Costa Rica (16), que en materias de orden económico se remite a la Carta de la OEA, a la Declaración Americana y al Pacto Internacional (17), por lo que su análisis no ofrece al respecto, especial interés.

En definitiva puede decirse que el nivel de vida adecuado está instituido como un derecho e implica un deber del Estado, a contrario de la Constitución Chilena que nada establece sobre la materia.

2.2. Derecho al Trabajo

La Constitución de 1980 no reconoce el derecho al trabajo sino sólo la libertad de trabajo. En efecto, el art. 19 Nº 16 preceptúa que "la Constitución asegura a todas las personas: la libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohibe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos". El mismo artículo se refiere en sus incisos siguientes a la afiliación a organizaciones laborales, a la negociación colectiva y a la huelga, no mencionando al trabajo en ninguna ocasión en su calidad de derecho.

No obstante lo anterior, internacionalmente el trabajo ha sido reconocido como derecho prácticamente en todos los instrumentos relativos a derechos fundamentales del hombre.

---

10) Ganji, Manoucher, la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, Naciones Unidas, Nr. E/CN 4/1108/rev. 1, Nueva York, 1975, pág. 269-170.

11) La Carta de la OEA fue aprobada en la Novena Conferencia Interamericana celebrada entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948 en Bogotá. Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en febrero de 1967. Las ratificaciones de Chile fueron efectuadas con fecha 5 de julio de 1953 y 15 de abril de 1971, respectivamente, véase OEA/ser X/4 rev. 1, Washington, 1972.

13) Dunshee de Abranches, Estudio comparativo entre los Pactos de la ONU y el proyecto de convención americana, OEA, L/V/II, doc. 18, 1968.

14) Aprobada en abril, 1948, OEA, Ser. L/V/II, doc. 6, 1980, pág. 9.

15) Aprobada el 2 de mayo de 1948, García Bauer, Carlos. Los derechos humanos, preocupación universal, Guatemala, 1970, pág. 385.

16) Ratificado por Chile el 28 de diciembre de 1977, entró en vigor el 18 de julio de 1978. OEA/Ser./L/V/II. 50. Doc. 6, Washington, julio, 1980, pág. 65.

17) Véanse los artículos 26 y 29 letra d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica.

Según el artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho económico, sociales y culturales, el trabajo es un derecho y debe reunir al menos dos requisitos. Tratarse, en primer término, de un trabajo libremente escogido o aceptado, recogiéndose aquí la tradicional noción acerca de la libertad de trabajo incorporada en todos los textos constitucionales liberales del siglo pasado. Pero lo interesante está en que el Pacto no restringe el derecho únicamente a la libertad de trabajo sino que agrega una segunda condición, esto es, que su titular tenga a través de su ejercicio la oportunidad de ganarse la vida.

Ambos elementos forman parte simultaneamente del derecho al trabajo. Para el Pacto es insuficiente la sola garantización de la libertad de trabajo.

Los dos requisitos que se fijan al derecho al trabajo tienen carácter objetivo. La libertad, tanto en la elección como en la aceptación depende de múltiples factores que van desde las capacidades personales del trabajador hasta el grado de desarrollo del país. En el marco de estos factores el individuo debe estar en condiciones objetivas de gozar de dicha libertad. Asimismo, la oportunidad de ganarse la vida es susceptible de medirse en términos objetivos. La sola existencia de puestos de trabajo en una sociedad determinada, aun libremente escogidos o aceptados, pero que no facultan a sus titulares para satisfacer sus necesidades básicas, no significa que se cumpla con este segundo requisito e implica en cambio, una infracción a la letra y al espíritu del artículo 6 del Pacto Internacional (18).

Hay, pues, una evidente vinculación entre el derecho al trabajo y el derecho a un adecuado nivel de vida, por cuanto el primero es el medio del cual debe disponer la persona para la materialización del segundo.

Además de los requisitos básicos, el Pacto exige condiciones equitativas y satisfactorias relativas a la remuneración, a la seguridad e higiene en el trabajo, a la igualdad de oportunidades para ser promovidos a categorías superiores, al descanso, disfrute del tiempo libre, limitación de jornada, vacaciones, remuneración de días festivos, trabajo de la mujer y edad mínima para trabajar.

---

18) Caso típico de tal situación la representan los trabajadores del "empleo mínimo".

La Carta de las Naciones Unidas, como se dijo, vincula en su Art. 55 los conceptos de nivel de vida y de trabajo.

La Declaración Universal, en sus Arts. 23 y 24, consagra el derecho al trabajo, no simplemente como una libertad de trabajo, sino también como el instrumento apto de que debe disponer el individuo para procurarse un nivel de vida adecuado.

El trabajo se reconoce como derecho y no únicamente limitado a la libertad para trabajar, en documentos que rigen en los Estados de Europa (19) Occidental e incluso hasta en el Art. 15 del reciente Proyecto de Carta Africana de los Derechos del Hombre (20).

Como es obvio, la Organización Internacional del Trabajo le reconoce tal calidad jurídica. La Carta de la OEA también le asigna tal carácter. En su Art. 43, letra b) se determina que el trabajo es tanto un derecho como un deber y se agrega que "debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia, lo prive de la posibilidad de trabajar". En armonía con este precepto, la Carta de la OEA ordena a los Estados Miembros, en su Art. 31, letra g), a fijarse como temas "salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos".

De esta manera, la Carta de la OEA, a través de las reformas que se les introdujo en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires (21), incorporó en el ámbito latinoamericano el reconocimiento del trabajo en calidad de derecho, superando las arcaicas concepciones que se contenían en la Declaración Americana y en la Carta de Garantías Sociales.

También señalamos que la Convención Americana, o Pacto de San José, se remite expresamente en estas materias a la Carta de la OEA. En consecuencia, respecto del trabajo los documentos fundamentales aseguran el derecho y no únicamente la libre elección de trabajo, como en cambio lo hace la Constitución chilena.

---

19) Véase el Art. 1º de la Carta Social Europea, en Menschenrechte iht internationaler Schutz, dtv. Taschenbuchausgabe, München, 1979, pág. 264.

20) Organisation de l'Unité Africaine, Secretariat. LEG/67/3/Rev. 1, Dakar, 1979.

21) OEA/Ser. X/rev. 1, Washington, 1972.

2.3. Derecho de Sindicación y Derecho de Huelga

Ambos son consustanciales al derecho al trabajo. Así como éste es el instrumento de que debe disponer la persona para procurarse un nivel de vida adecuado, el sindicato y la huelga son los medios de que se vale el trabajador para defender sus intereses económicos y sociales.

El Art. 8 del Pacto Internacional señala que: "Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales". La expresión "sus intereses económicos y sociales" debe entenderse referida a la persona del trabajador, quien aparece jugando un rol de sujeto en dicha oración. Así se ha entendido, por lo demás, al traducirse el artículo a otros idiomas (22).

Ahora bien, estos intereses no tienen por qué ser idénticos a los del sindicato, el cual es una persona jurídica. Los intereses económicos y sociales de la persona natural están en el contexto del Pacto, conectados a cada uno de los derechos económicos y sociales que se prescriben en sus propias disposiciones, es decir, giran en torno a la idea del nivel de vida adecuado. Así, por ejemplo, afectado el derecho a la vivienda, a la salud o a la educación, que se consagran en los Art. 11, 12 y 13 respectivamente, podría una persona afiliada a un sindicato, recurrir a éste a objeto de impetrar su protección.

La Constitución chilena reconoce en el Art. 19 Nº 19 el derecho de sindicación pero no señala cuales son sus finalidades. El Plan Laboral, en el Decreto Ley relativo a las Organizaciones Sindicales (23), dispone en su considerando segundo que la "misión principal —del sindicato— es la defensa responsable de los intereses de sus asociados". La fórmula es amplísima y podría llegar a interpretarse en armonía con el compromiso de Chile de respetar el Art. 8 del citado Pacto. Pero en el artículo 6 del mismo decreto Ley se reducen las actividades del sindicato estrictamente a seis materias, borrándose el amplio concepto del considerando segundo. A continuación, el Art. 7 del DL dispone tajantemente que "las organizaciones sindicales no podrán abocarse a objetivos distintos a los señalados en el artículo anterior o en sus estatutos". De esta manera, el sindicato no puede proteger a sus afiliados con amplitud en la defensa de los intereses económicos y sociales.

Por otra parte, a través de las reglas sobre negociación colectiva queda nuevamente clara la limitación del rol del sindicato en Chile, al restringírsele prácticamente a materias relacionadas con la remuneración del trabajo, como se desprende de lo dispuesto en el Art. 1 del DL 2.758 y en el Art. 1 Nº 3 del DL 2.950 que modifica el Art. 11 del DL 2.758 (24).

El Pacto permite en su Art. 8, inciso primero, letra c) que se impongan restricciones a la sindicación, repitiendo un concepto ya desarrollado antes en el Art. 4 y según el cual, es posible limitar por ley los derechos contemplados en el Pacto en la medida en que estas limitaciones sean "necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o necesarias para la protección de los derechos y libertades ajenos".

El funcionamiento del sindicato, dirigido a proteger los intereses económicos y sociales del trabajador, puede relacionarse con problemas sociales o políticos, aun nacionales, que puedan efectuar dichos intereses. Sólo por ley, democráticamente promulgada, puede circunscribirse el funcionamiento dentro de marcos más estrechos.

En relación a la huelga, es importante tener en cuenta que el mismo Art. 8 del Pacto en su inciso primero, letra d) le reconoce la calidad de derecho. La huelga, como mecanismo de presión orientado a la obtención de ciertos objetivos es en sí un hecho social, pero significativamente el Pacto le confiere categoría de derecho, comprometiéndose los Estados que lo suscriben y ratifican, a incorporarla en dicha calidad en sus respectivas legislaciones. Tampoco la Constitución, en su Art. 19 Nº 16, reconoce a la huelga la calidad de derecho del trabajador. Sólo hay una mención negativa que, interpretada a contrario sensu (25), permitiría suponer que algunos sectores laborales podrían recurrir a la huelga. En efecto, aquel concepto enumera a los trabajadores que no pueden acogerse a ella, entre los cuales señala a los funcionarios del Estado y municipalidades. Por su parte, como se dijo, el Plan Laboral tampoco recono-

---

22) Menschenrechte, ihr internationaler Schutz, ob. cit., pág. 60.
23) Decreto Ley 2756, publicado en el Diario Oficial el 3 de julio de 1979.

24) El DL 2758 y el DL 2950 fueron publicados en el D. Oficial de 5 de julio de 1979 y 6 de julio de 1979, respectivamente.
25) Ermacora, Félix, Las cláusulas de los derechos humanos en la nueva Constitución Chilena, Rotterdam, 1981.

ce a la huelga la calidad de derecho, como se desprende de la lectura de los Arts. 49 y siguientes del Decreto Ley 2.758.

Ahora bien, aunque el Pacto no es explícito, debe entenderse que las finalidades de la huelga también se relacionan con los intereses económicos y sociales del trabajador (26), interpretación que guarda armonía con el contexto del Pacto y con las finalidades propias del sindicato. En esta parte, la legislación laboral no guarda armonía con las normas analizadas, al restringir la huelga exclusivamente a materias relacionadas con la negociación colectiva la que, como se vió, puede extenderse en la práctica solamente a la fijación de las remuneraciones (27).

Los derechos de sindicación y de huelga, han gozado de amplio reconocimiento internacional. A ellos se refieren entre otros, el Art. 23, inciso 4 de la Declaración Universal, el Art. 6, inciso 4 de la Carta Social Europea, el Art. 43, letra c) de la Carta de la OEA, el Art. 22 de la Declaración Americana, el Art. 26 de la Carta Interamericana de Garantías Sociales y el Art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica. También ha sido intensa la actividad desplegada por la OIT en pro de estos derechos. Valga nombrar únicamente a vía de ejemplo, el convenio sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación Nº 87 de 1948, el Convenio sobre derecho de sindicación y negociación colectiva Nº 98 de 1949 y el Convenio relativo a los representantes de los trabajadores y la Recomendación respectiva Nº 135 y Nº 143 de 1971 (28).

2.4. Derecho a la Seguridad Social

El derecho a la seguridad social es tan importante como el derecho al trabajo. Así como en circunstancias normales la persona se procura para sí y para su familia un adecuado nivel de vida por medio de su trabajo, en circunstancias anormales debe asistírsele en el logro de dicho nivel, ya sea por estar impedida de realizar un trabajo o porque éste es insuficiente para tales fines. El uso del término normales o anormales no significa que dicha circunstancias sean en un caso generales y en otros excepcionales ni tampoco que representen un porcentaje mayor o menor del acontecer social. Su incidencia dependerá del tipo de sociedad que se

26) Beyerlin, Ultich, Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer, in Beitrage zum Völkerrecht, 75, Max-Planck, Heidelberg, pág. 1165-1166.
27) Véanse los Arts. 49 y ss. del 2758.
28) Ganji, M. ob. cit., pág. 284.

analice. Sólo se puede señalar que el trabajo es la actividad a través de la cual una persona normalmente puede, debe y desea ganarse la vida. Ahora bien, los impedimentos para realizar un trabajo pueden tener su causa en la persona misma, por ejemplo: enfermedad, vejez, accidente, maternidad, o en la sociedad, cuando ésta no está en condiciones de proporcionar empleos a todos quienes lo requieren o los empleos no procuran recursos necesarios para el sustento de la vida.

Así planteadas las cosas, el derecho a la seguridad social —igual que el derecho al trabajo— se encamina directamente a hacer realidad a aquel otro derecho capital que hemos identificado con el nombre de derecho a un adecuado nivel de vida. Esta consideración no debe llevar a la conclusión de que ambos derechos —al trabajo y a la seguridad social— son paralelos e independientes uno del otro. La seguridad social cubre también al trabajador en los casos en que éste no está en condiciones de lograr un adecuado nivel de vida con el producto de su trabajo o se encuentra cesante. De esta manera, el derecho a la seguridad social abarca un universo más amplio que el derecho al trabajo.

Así concebida, la seguridad social es sin duda el derecho más importante del moderno Estado Social de Derecho. Involucra asegurar a toda persona, especialmente a las más desvalidas, un adecuado nivel de vida, esto es, alimentación, vivienda, vestuario, salud y educación. Por ser un derecho que protege especialmente a los desvalidos, la sociedad y el Estado asumen un papel responsable en su materialización. Como contrapartida de los derechos humanos de naturaleza individualista, la seguridad social se presenta como el derecho más intrínsecamente social. Es la sociedad la que se hace solidaria del destino de sus integrantes.

El Art. 9 del Pacto Internacional reconoce expresamente para todos, sin excepciones, este derecho. Los Arts. 22, 23 y 25 de la Declaración Universal lo hacen también extensivo a toda persona, sin excepciones, indicándose que los casos de seguros deben cubrir el desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad del afectado.

La Carta de la OEA señala que los Estados convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo de una política eficiente de seguridad social (29). A su vez el Art. 44 de la Carta dice que los "Estados

29) Véase el Art. 43, letra h) de la Carta de la OEA.

miembros reconocen que, para facilitar el proceso de integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad".

La Declaración Americana de Derechos y Deberes es particularmente esclarecedora. Según su Art. 16 la seguridad social es un "derecho que cubre a toda persona contra los riesgos de la desocupación, vejez y contra cualquier incapacidad que ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener medios de subsistencia". El Art. 35 agrega que "toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias" (30).

De lo anterior se deduce: a) responsable de la seguridad social es en primer término el Estado, b) también lo es la comunidad y cada particular en la medida que lo permitan sus recursos. Hay aquí un principio de justicia distributiva importante porque, generalmente en los países pobres, el Estado no dispone de recursos suficientes para cubrir los requerimientos de la seguridad social. Es por dicha razón que la Declaración Americana dispone que las personas de mayores recursos deben cooperar para financiar el sistema.

La Carta Interamericana de Garantías Sociales también reconoce la seguridad social y señala explícitamente que es un deber del Estado. Agrega que "en aquellos países en que estos sistemas no cubren la totalidad de los riesgos enumerados —enfermedad, accidente, cesantía, etc.—, la asistencia a los trabajadores debe estar a cargo de los empleadores" (31).

La nueva Constitución chilena contiene el derecho a la seguridad social expresándose en el inciso tercero del Nº 18 del Art. 19, que "la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas".

No obstante la amplitud de la Constitución, la reforma de

30) García Bauer, Carlos, ob. cit., pág. 383.
31) Véanse los Arts. 28 y 32 de la Carta Interamericana de Garantías Sociales.

la Previsión ha manifestado un criterio diferente (32). El Art. 2 del decreto ley correspondiente, cada vez que se refiere a los beneficios del sistema lo hace en relación a quienes trabajan. Por su parte, el Art. 89, que podría considerarse como la norma general, permite que toda persona se incorpore al sistema, en la medida en que ejerza una actividad "mediante la cual obtenga un ingreso". Según esta reforma previsional la persona natural es responsable de su propia seguridad, lo que supone que debe poseer un ingreso que la habilite a efectuar las cotizaciones correspondientes. El Estado sólo excepcionalmente se obliga a enterar aportes en caso que la pensión devengada fuere o llegare a ser inferior a la pensión mínima (33).

¿Qué sucede en Chile con aquellas personas que no poseen un ingreso y que no son capaces de autofinanciar su propia seguridad social? .

Al no concebirse a la seguridad social como aquel otro gran pilar —junto al derecho al trabajo—, que permite la cristalización de un adecuado nivel de vida para todos los habitantes del país y, especialmente para los más indigentes, se entra nuevamente en conflicto con normas que forman parte del ordenamiento jurídico internacional.

Es obvio que un país pobre difícilmente puede reunir recursos para solventar un adecuado sistema de seguridad social. Por ello las normas analizadas remarcan la responsabilidad de la comunidad toda y de cada persona que esté en condiciones, en el financiamiento del sistema.

2.5. Derecho a la Protección de la Salud

La salud figura en primer lugar de los indicadores que utiliza la ONU para medir el nivel de vida (34), compuesto a su vez de subíndices relativos a la expectativa de vida al nacer, porcentaje de mortalidad infantil, tasa de muertes naturales, mortalidad proveniente de enfermedades parasitarias o infecciones, número de médicos y camas de hospital en relación a la población y casos de mortinatalidad.

32) La Reforma Previsional se dispuso por DL 3.500 de 4 de noviembre de 1980.
33) Véase el Art. 13, letra b) del DL 3.500
34) United Nations, International definition and measurement of levels of living. ob. cit., pág. 3.

Como es fácil de comprender, la protección de la salud es uno de los derechos económicos-sociales más complejos, porque si bien los indicadores nombrados pueden dar a conocer el estado de salud de la población, es empero muy difícil determinar en qué consiste ser titular de este derecho. La humanidad está aún muy lejos de lograr un control sobre el cúmulo de causas que pueden dañar a la salud. Por ello, hablar del derecho a la salud suena algo lírico. De lo que se trata es de que toda persona tenga acceso a la asistencia indispensable para proteger idóneamente su salud.

El Pacto Internacional usa la fórmula "derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física o mental". Entre las medidas a que se comprometen los Estados a adoptar para la vigencia real de este derecho figura la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Si bien esta asistencia y servicios no están concebidos como un derecho, constituyen, según el Pacto, un deber para el Estado (35).

La Organización Mundial de la Salud —OMS— ha manifestado expresamente en su carta constitutiva, que "el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social" (36).

La Carta de la OEA se refiere a la materia en el Art. 43, letra b) y en el Art. 31, letra 1). La Declaración Americana señala en su Art. 11 que los Estados, para proteger la salud, deben adoptar medidas relativas a la educación, vestido y vivienda. La Declaración Universal dedica su Art. 25 a consagrar el derecho a la protección de la salud.

Por último, toda la legislación atinente a la familia, maternidad, infancia y juventud, revelan especial preocupación por la salud, como por ejemplo el Art. 7 de la Declaración Americana, el Art. 10 del Pacto Internacional y los párrafos pertinentes de la Declaración de los Derechos del Niño (37). Asimismo, las normas que versan sobre la seguridad y el seguro social hacen siempre expresa referencia, entre los casos

35) Véase el Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
36) Ganji, M., ob. cit., pág. 296.
37) La Declaración de los Derechos del Niño fue proclamada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959.

a ser protegidos, a aquellos relativos a enfermedades, accidentes e incapacidades físicas o mentales.

Según la concepción de la legislación internacional, es por medio de los sistemas de seguridad y seguro social como toda persona debe tener acceso a medidas que la protejan en caso de ser afectada su salud. Nos remitimos, pues, en esta parte a lo ya expuesto acerca de la seguridad social, en especial a lo relativo a la responsabilidad del Estado.

La Constitución de 1980 establece, en su art. 19 Nº 19 que se asegura a todas las personas: "el derecho a la protección de la salud". "El estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud". "Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias". "Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado".

Como puede apreciarse, el reconocimiento constitucional de este derecho es más amplio que el de los anteriormente analizados, otorgándose a la protección de la salud la calidad de derecho. No obstante, de la legislación complementaria y de la jurisprudencia recaída en la materia se desprende que el legislador ha preferenciado consagrar la libertad de acceso a los sistemas de salud por sobre el derecho a su protección propiamente tal, lo que se confirma al tenor del art. 20 de la Constitución que restringe el Recurso de Protección a la última parte de la norma antes transcrita, esto es, a perturbaciones, privaciones o amenazas arbitrarias o ilegítimas relacionadas con el derecho a elegir el sistema de salud que se desee. Y en el hecho la jurisprudencia mencionada ha rechazado el Recurso de Protección sobre el derecho a protección a la salud en mérito de lo dispuesto en el citado art. 20 argumentando además que, por no formar parte del derecho a la vida, no puede hacerse valer este recurso en relación a la protección de la salud. Sin embargo y a nuestro juicio, como se señaló anteriormente, la salud forma parte del nivel de vida, esto es, de la vida misma de la persona.

2.6. Derecho a la Educación y Derechos Culturales

La Constitución en el art. 19 Nº 10 y Nº 11 distingue entre derecho a la educación y libertad de enseñanza. Dispone el número 10

que se asegura a todas las personas: "el derecho a la educación. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. La educación básica es obligatoria, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población. Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación".

Por su parte, el número 11, al contemplar la libertad de enseñanza, distingue sus dos aspectos tradicionales, esto es, la facultad de los padres para escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, y el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales.

La Constitución en lo que cabe al derecho a la educación parece ajustarse a los Pactos Internacionales bastante más que en el caso de los derechos anteriormente analizados. Tal vez sea, sin embargo, digna de mención una norma contenida en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales que, en relación a la enseñanza secundaria y superior, establece que ambas deben ser asequibles a todos, particularmente por medio de la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (38). Al respecto y para evitar críticas engañosas, debe entenderse que el acceso referido es sobre la base de la capacidad intelectual. Ahora bien, como es de público conocimiento, en Chile, a pesar de lo recientemente expresado, se ha caminado en los hechos hacia el financiamiento privado de la educación, particularmente en lo que se refiere a la educación superior, cuya legislación, los DFL Nº 1 al 5 de 1980-1981, incentivan el surgimiento de establecimientos privados financiados por sus propios usuarios, con el riesgo de que el acceso a éstos se realice a base de la capacidad económica y no intelectual de los postulantes. Conjuntamente, el Estado ha ido desligándose de responsabilidad financiera respecto de las universidades tradicionales reduciéndose los aportes directos anualmente a contarse de 1981. Esta contradicción entre los preceptos constitucionales y la realidad, traducida en una especie de retirada del Estado del ámbito educacional, se percibe también en los niveles básico y secundario, lo cual se corrobora a la luz de las directrices educacionales que han

38) Véase el art. 13, inciso segundo, letras b) y c) del Pacto.

tendido a traspasar la responsabilidad y financiamiento de estos establecimientos desde el Fisco a las Municipalidades.

En lo que se refiere a los derechos culturales propiamente tales, la Constitución de 1980 es menos elocuente pues, fuera de la breve mención del Nº 10 del art. 19 antes transcrito, no posee reconocimiento expreso de estos derechos, que si han sido desarrollados en la legislación internacional, específicamente en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (39), que los agrupa en cuatro niveles: primero, derecho a participar en la vida cultural; segundo, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; tercero, derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas, que involucra al derecho a la propiedad intelectual y cuarto, libertad para la investigación científica y la actividad creadora.

Por último, y en relación a la Constitución de 1980 cabe destacar la responsabilidad explícita que se asigna a la "comunidad" en el desarrollo y perfeccionamiento de la educación, lo cual constituye una declaración de principios de enorme contenido social y que podría suponer que el constituyente entreabre posibilidad al legislador para que en el futuro establezca gravámenes o cargas a esa comunidad en beneficio del sistema educacional del país.

3. Problemática de la garantización de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel constitucional

Como se adelantó al inicio de este trabajo, los derechos económicos, sociales y culturales, no gozan de efectiva garantización jurídica en la Constitución de 1980, amén de estar, no obstante, enunciados en la forma ya descrita. En efecto, no se instituye en favor de los titulares de estos derechos algún tipo de recurso en caso de transgresiones. Por expresa disposición del art. 20 de la Constitución, el recurso de protección, en general, sólo cautela los llamados derechos civiles y políticos, con las siguientes excepciones:

Primero, en lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, se extiende a privaciones, perturbaciones o amenazas en el legí-

39) Véase el art. 15 del Pacto Internacional.

timo ejercicio del derecho a elegir el sistema de salud que se desee, pero no cubre el derecho a la protección de la salud propiamente tal.

Segundo, en lo relativo a la libertad de enseñanza, pero no respecto del derecho a la educación.

Tercero, en relación a la libertad de trabajo y el derecho a su libre elección y libre contratación. Recordemos que en la Constitución el trabajo como derecho no está explícitamente reconocido.

Y cuarto, en lo que dice relación con el derecho de sindicación.

Como puede observarse, las excepciones tienen de común el constituir libertades, esto es, vinculadas más a la idea de los derechos civiles y políticos que a la de los derechos económico-sociales. En cuanto al derecho de sindicación, puede sostenerse que importa una forma específica del derecho de asociación, también perteneciente a la especie de los derechos civiles y políticos.

Ahora bien, la interrogante que surge es si la Constitución está en condiciones de admitir la garantización efectiva, en calidad de derechos subjetivos, de los derechos económicos, sociales y culturales. La problemática que envuelve esta interrogante la hemos ya desarrollado latamente en la investigación anteriormente citada (40), aunque con prescindencia de la situación concreta de la Constitución chilena, y, resumiendo, podemos señalar que se traduce en algunos de los siguientes hechos:

Primero, la constatación de que los derechos económicos, sociales y culturales implican un rol activo del Estado, quien asume, como sujeto responsable, la materialización de éstos, a diferencia de los derechos civiles y políticos que exigen un no actuar del Estado. ¿Cabe entonces una concepción de un Estado subsidiario, al cual no es posible exigirle acciones concretas en esta materia, con la posible garantización jurídica de los derechos económico-sociales? . La respuesta sabemos es de suyo compleja y parte de la necesidad de clarificar que tipo de responsabilidad asume el Estado, y concretamente la determinación de los poderes u órganos del Estado responsables, el control del cumplimiento de dicha responsabilidad y si en dicho control puede el Poder Judicial actuar sobre los otros poderes.

---

40) Véase la nota Nº 1 de este trabajo.

Segundo, el conflicto que surge entre la garantización simultánea de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, en el riesgo de que la realización de estos últimos pudiese afectar la vigencia efectiva de algunas libertades, particularmente de índole económica, que constituyen el sustento de una economía de mercado como la implícitamente concebida en el ordenamiento constitucional chileno. Unicamente en la medida en que se descubra una fórmula que sustituya este conflicto entre derechos, llamado "relación de tensión" por algunos, por una armonización de los mismos, esto es, una "relación de complementación", es dable pensar en una garantización efectiva de ambas categorías de derechos.

Tercero, la circunstancia de que los derechos económicos y sociales requieran de la adopción de medidas de diferente naturaleza dirigidas a hacerlos efectivos, esto es de que no se trata de derechos de los cuales pueda disfrutarse ipso facto sin que medien previamente correcciones económico-sociales que posibiliten su realización, ha llevado a algunos a considerarlos "derechos procesos", los que sólo después de una etapa de ajuste social de corto, mediano o largo plazo, estarían en condiciones de ser realmente exigibles, a diferencia de los derechos civiles y políticos que constituirían "derechos estado", factibles de ser disfrutados de inmediato, bastando un laissez-faire del Estado, lo que supondría una responsabilidad del Estado, de la cual antes se habló, aparentemente incompatible con la idea de un Estado pasivo como el previsto en la Constitución.

Por último, la garantización de estos derechos envuelve una problemática relativa al financiamiento de las medidas necesarias para hacerlos efectivos, al rol que en ello juega la comunidad toda y a las facultades redistributivas de la autoridad, con la consiguiente posibilidad de que estas facultades hagan surgir conflictos de intereses y de derechos de diferentes categorías.

En resumen, y en este breve enunciado de algunos problemas que, como se indicó, han sido más exhaustivamente analizados en una investigación específica sobre el tema, deseamos destacar que la eventual recepción de estos derechos a nivel no sólo de enunciado sino que también de efectiva garantización, a fin de que, por una parte impliquen deberes para el Estado, sujetos a control, y por otra parte, derechos exigibles del individuo, significa un desafío de tales dimensiones que es capaz de remover en sus cimientos la estructura institucional y constitucional de naciones que, como la chilena, se sustentan en concepciones aparentemente incompatibles con la idea de un Estado activamente responsable de la materialización de estos derechos.

RECEPCION DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACION PENAL CHILENA

Jorge Mera F.

I. Relación entre Derecho Internacional y Derecho Interno en materia de Derechos Humanos.

La vigencia efectiva de los Derechos Humanos en un país está condicionada por múltiples factores de carácter político, social, económico, cultural, moral y jurídico. Como es obvio, en tanto juristas, nos interesan especialmente las condiciones jurídicas para el aseguramiento real de los Derechos Humanos, sin perjuicio de tener siempre presente el cuadro general más amplio en el que se insertan.

Como es sabido, el tema de los Derechos Humanos tiene un carácter multidisciplinario que excede con mucho el ámbito de lo jurídico. Sin embargo, es en este campo, donde el estudio y la reflexión de los Derechos Humanos se encuentran más avanzados. Particularmente notables son los progresos alcanzados en el Derecho Internacional, donde ha surgido una nueva disciplina autónoma, el llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en constante perfeccionamiento. Contrasta esta situación con lo que se observa en el Derecho Interno, el cual aún no ha asimilado cabalmente los principios, normas y valores de los Derechos del Hombre. La tarea de la plena adecuación del Derecho Interno a la normativa internacional sobre derechos humanos es el más grande y urgente desafío jurídico en la hora presente. Sólo si se produce realmente esa adecuación podrá afirmarse que las condiciones jurídicas para la vigencia efectiva de los Derechos Humanos estarán debidamente cumplidas.

Los sistemas legales tradicionales de carácter democrático, como el que regía en Chile hasta el golpe de estado de 1973, tienden a ser sobrevalorados en cuanto instrumentos eficaces de protección de los Derechos Humanos. En efecto, en nuestro medio existe bastante extendida la creencia de que el sistema jurídico tradicional chileno era satisfactorio, en general, en materia de Derechos Humanos, y que, a lo más, requería de ajustes menores para ponerlo en concordancia con la Declaración Universal y con los demás instrumentos internacionales.

Sin embargo, una consideración más detenida de los presu-

puestos y contenidos de dicho sistema muestra que el fundamento del mismo no son los Derechos Humanos, sino que otros valores (seguridad del Estado, mantención del statu quo, intereses de la autoridad pública, propiedad privada, entre otros), a los cuales los derechos del hombre -incluídos los más elementales- deben subordinarse en caso de conflicto entre unos y otros. El sistema legal chileno adolecía de fallas estructurales que lo hacían incompatible con las exigencias de los Derechos Humanos en aspectos decisivos. Esto, como se verá, era particularmente evidente en el campo del Derecho Penal, donde dichos derechos estaban gravemente desprotegidos.

El compromiso de los Derechos Humanos por parte de un Estado, en el nivel normativo, debe reflejarse en forma consecuente en toda la legislación. No basta que los derechos de las personas se proclamen en las Constituciones de los Estados ni que éstos contemplen normas que consagren el Estado de Derecho. Ni siquiera es suficiente que se establezca la primacía de la ley internacional sobre la nacional en el evento de conflictos en materia de Derechos Humanos. Todas estas previsiones pueden resultar, en definitiva, inútiles, si la legislación nacional, en sus distintas normas, no contempla mecanismos efectivos de reconocimiento y protección de esos derechos y si, en general, no los incorpora sustantivamente en sus diversos aspectos. Las normas internacionales sobre Derechos Humanos, normalmente consagradas como garantías constitucionales por el derecho interno, son de carácter general y deben, por tanto, ser desarrolladas consecuentemente por las leyes del país, para que tengan una eficacia efectiva. Así, por ejemplo, poco o nada se saca si la Constitución asegura la integridad corporal si diversas leyes establecen disposiciones que posibilitan la práctica de la tortura. O si se reconocen en la Carta Fundamental determinados derechos pero no se establecen mecanismos eficaces para exigir su cumplimiento o si las leyes no sancionan adecuadamente la violación de derechos solemnemente proclamados, los que podrán así ser desconocidos impunemente. O si la Constitución declara la igualdad ante la ley, pero diferentes leyes transgreden este derecho estableciendo discriminaciones o privilegios arbitrarios fundados en la calidad o condiciones de los sujetos o en otras causas personales.

La tarea de adecuar las distintas ramas del Derecho Interno a las normas internacionales sobre Derechos Humanos es compleja y exige un esfuerzo especial de creatividad de parte de los juristas. Se requiere que los diferentes especialistas asuman los Derechos Humanos desde la perspectiva de cada una de las ramas jurídicas. Es preciso que retomen con un espíritu abierto la concepción y contenido de su respectiva disciplina a la luz de principios y exigencias que imponen los Derechos Humanos.

El presente Seminario constituye una iniciativa valiosa en este sentido, en cuanto puede contribuir a la necesaria sensibilización del medio jurídico nacional.

II. Derechos Humanos de carácter penal sustantivo consagrados en los instrumentos internacionales y su relación con el Derecho Interno Chileno.

A continuación enunciaremos tales derechos, confrontándolos, en forma esquemática y sintética, con la legislación nacional, con el objeto de verificar el grado de su respeto o vulneración.

1. Principio de legalidad o reserva. Diversos alcances.

La Constitución de 1980 consagra este principio correctamente en sus distintos alcances: sólo la ley puede crear delitos e imponer penas; la ley penal no tiene efecto retroactivo, a menos que favorezca al afectado, y debe describir expresamente la conducta que se sanciona (principio de tipicidad). Por su parte el Código Penal contempla en lo esencial estos mismos aspectos del principio de legalidad, extendiéndolo a la ejecución de las penas.

Sin embargo, se encuentran en nuestra legislación penal numerosas infracciones y tensiones con el principio señalado, las que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Tipos legales abiertos, en los que la ley no cumple con su función garantizadora de describir con precisión la conducta incriminada, sino que se limita a nombrar simplemente el delito, como ocurre con el aborto, la sodomía, entre otros casos. Es el juez el que establece, en estos casos, sobre la base de las elaboraciones de la doctrina, el contenido de la conducta, con lo que resulta infringida una de las principales exigencias del principio de legalidad, esto es, que sea precisamente la ley la que cree los delitos y describa las conductas a las que se juzga necesario imponer sanciones criminales.

b) Tipos legales de límites vagos, inciertos o confusos. En estos casos se trata de una defectuosa técnica legislativa que atenta contra el principio de tipicidad y, en consecuencia, debilita la seguridad jurídica. El límite entre lo permitido y lo prohibido por la ley penal se hace oscu-

ro, debido a la falta de precisión de los términos empleados por el legislador, los que se prestan para interpretaciones encontradas. Si bien, una descripción absolutamente clara de la conducta y sus modalidades, que no admita más que una sola interpretación, parece imposible, eso no debe servir de excusa para no exigir al legislador el máximo esfuerzo de precisión a la hora de crear los tipos penales. Existen muchos casos -ejemplo de lo cual son algunos delitos contra la seguridad interior del estado- en que manifiestamente no se cumple con la exigencia de la tipicidad, dados los términos excesivamente amplios o ambiguos usados por la ley.

c) Las leyes penales en blanco (propias) presentan una clara incompatibilidad con el principio de legalidad, en cuanto no es legislador, sino que el poder ejecutivo el que describe la conducta incriminada, en virtud del mandato dado por la propia ley. Desaparece así la garantía constitucional que radica sólo en la ley la fuente directa del derecho penal. Aunque quisiera verse en dicho mandato legal una delegación de facultades legislativas, la situación seguiría siendo inconstitucional, puesto que dicha delegación no está permitida en las materias que dicen relación con las garantías constitucionales, cuyo es el caso del principio de legalidad. Por esta misma razón son inconstitucionales los decretos con fuerza de ley que establecen delitos penales. En el caso de los decretos leyes el problema es diferente, de carácter político, y como tal debe resolverse.

d) Presunciones simplemente legales de responsabilidad penal.

También infringen el principio de legalidad, en su aspecto de la tipicidad que debe tener la conducta sancionada. No es la ley la que, en verdad, describe la conducta, sino que se presume, en el fondo, que ella se ha cometido, sobre la base del comportamiento adoptado por el efectado, el que le parece sospechoso a la ley. La doctrina penal unánimemente reprueba esta técnica legislativa equivocada que relativiza gravemente el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

La Constitución de 1980 prohibe las presunciones de derecho de responsabilidad penal. Se trata de un progreso del que deben extraerse las consecuencias adecuadas. Así, por ejemplo, la presunción de derecho del conocimiento de la ley, contenida en el Código Civil, no es aplicable en materia penal, puesto que uno de los elementos de esta última responsabilidad es precisamente la conciencia (la que supone el conocimiento) del carácter ilícito de la conducta, y, en consecuencia, no puede presumirse de derecho, y debe ser probada.

Los delitos de peligro abstracto -que constituyen presunciones de derecho de afectación del bien jurídico protegido -también serían inconstitucionales, por cuanto se estaría presumiendo de derecho en tales casos uno de los elementos de la responsabilidad penal, como lo es la antijuridicidad en su aspecto material (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico).

e) Delitos de omisión impropia o de comisión por omisión.

Como lo ha destacado la doctrina, estos delitos son en parte de creación jurisprudencial, por lo cual violan el principio de legalidad. Para cumplir este principio sería preciso que la ley describiera con precisión la omisión y sus modalidades y que fuera asimismo la ley la que señalara las fuentes de la posición de garante.

f) Resabios del derecho penal de autor.

Existen tipos legales, como el de la vagancia, que no describen conductas concretas -como lo exige el principio de legalidad, de acuerdo con los principios del derecho penal del acto- sino que estados o condiciones de las personas. El derecho penal de autor debe ser definitivamente superado.

2. Prohibición de la prisión por deudas.

En general se respeta este principio en la legislación nacional.

Sin embargo, existen algunas situaciones dudosas en las que pareciera estar sancionándose penalmente puros y simples incumplimientos de obligaciones civiles.

El caso de mayor trascendencia es el llamado "giro doloso de cheques", atendida la manera objetiva y formalista en que está tipificado. La protección de la economía nacional y del comercio, que se busca al tratar de darle al cheque la máxima seguridad como medio de pago, debe ser compatibilizada con las exigencias de valores superiores, como lo son los derechos del individuo. Debe procederse en este punto a una reforma que tipifique este delito en forma tal de no incluir forma alguna de prisión por deudas.

El no reconocimiento de la firma estampada en otros documentos mercantiles, elevado a la categoría de delito en años recientes, presenta tensiones con la prohibición de la prisión por deudas, situación que debiera también ser revisada.

3. Igualdad de la ley penal.

a) Fueros especiales.

Debe revisárselos, a la luz del principio de la igualdad ante la ley. Si bien pudieron justificarse en otra época, el desarrollo de los principios democráticos los cuestiona seriamente en la hora presente. Especialmente inquietante es el hecho de que en la decisión (sobre todo, pero no exclusivamente, tratándose del Congreso) puedan influir factores que, como los de interés o conveniencia política, prevalezcan por sobre la necesidad, en un Estado de Derecho, de aplicar imparcialmente la ley, sin discriminaciones.

b) Influencia de la calidad de las personas en la calificación del hecho y en la gravedad de la sanción.

Existen casos excepcionales en que la pura calidad de la persona (entendida en un sentido de clases sociales), y no situaciones objetivas que justifiquen un tratamiento desigual (por razones de edad, profesión, autoridad, etc.), determinan un tratamiento legal discriminatorio, como es el caso de la diferencia entre las lesiones menos graves y las leves fundada precisamente en la "calidad de las personas".

c) Diferencias arbitrarias fundadas en el sexo.

Tal es el caso de la protección penal de la fidelidad marital. La ley es mucho más severa con la mujer, cuyo adulterio lo sanciona en todo caso, que con el hombre, cuya infidelidad se castiga en forma excepcional, en casos particularmente graves de la infracción del deber de fidelidad.

d) Privilegio para los funcionarios públicos en los delitos contra los derechos garantizados por la Constitución.

El Código Penal sanciona en diversa forma a los particulares y a los funcionarios públicos que atentan en contra de los mismos bienes jurídicos, a saber, los derechos constitucionales.

El caso más importante es el de la privación de la libertad. Cometida por un particular, se llama secuestro y está severamente sancionada. Perpetrada por un funcionario público que obra como tal abusando de su cargo, se denomina detención ilegal, la que se castiga, en comparación con el secuestro, con una pena sensiblemente menor.

La discriminación es, en este caso, particularmente censurable, puesto que, de acuerdo con los principios generales del propio Código Penal, la calidad de funcionario público que se prevale de su carácter para cometer el delito, constituye siempre una circunstancia agravante de la responsabilidad penal. Paradojalmente, tratándose de la infracción penal del derecho a la libertad personal, la calidad de funcionario público opera como una circunstancia atenuante muy calificada.

4. Presunción de inocencia.

Si bien se trata de una presunción que ostenta un carácter fundamentalmente procesal, existen importantes disposiciones penales que, dependiendo de la interpretación que se les de, pueden entrar en conflicto con dicha presunción.

Así ocurre con la presunción de voluntariedad de la conducta. Entendida como "presunción de dolo", como lo estima parte de la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia nacional, no parece resultar compatible con las exigencias de la presunción de inocencia. Este debiera ser otro argumento para desechar esa interpretación. Si bien cualquiera que sea el sentido que se le de a la palabra "voluntariedad" siempre se estará presumiendo algún elemento de la responsabilidad penal, la interpretación más acorde con el respeto de los derechos del inculpado, parece ser la de un sector de la doctrina más reciente que la identifica con la "conciencia de la antijuridicidad de la conducta". Esta conciencia puede presumirse (de un modo simplemente legal, por supuesto) sin problemas, porque corresponde a la realidad social y es lo que normalmente ocurre, dejando a salvo la posibilidad de la prueba en contrario. La presunción de dolo violenta en cambio la realidad de la normalidad social (piénsese en los accidentes del tránsito de los cuales se deriva la muerte o lesiones de personas).

5. Humanidad, racionalidad y proporcionalidad de las penas.

Debe hacerse una revisión a fondo del sistema general de penas del Código Penal, como asimismo de las asignadas a las diferentes infracciones. Es preciso adecuar las sanciones criminales a las valoraciones ético-sociales actuales.

Así, por ejemplo, deberían estudiarse alternativas eficaces para las penas privativas de libertad, tan cuestionadas por el derecho penal y la criminología modernos.

Muchas penas resultan excesivas, particularmente en lo que

se refiere a los delitos en contra de la propiedad. No se guarda la debida proporción entre la importancia del bien jurídico y la cantidad de la pena. Un caso revelador es el siguiente: se castiga con mayor severidad el robo simple que el homicidio simple.

6. Normas sobre pena de muerte.

Si bien los instrumentos internacionales la permiten -no obstante que atenta contra el derecho a la vida y que constituye sin duda un trato inhumano, cruel y degradante-, su espíritu es avanzar hacia su abolición. Así, en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos se dispone que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplica actualmente. Finalmente, se dispone que no se restablecerá la pena de muerte en los estados que la hubieren abolido.

Estas normas se han infringido durante el régimen militar. Ha proliferado la pena de muerte para actos que se califican como terroristas y para otros de carácter político o conexo con ellos. Dichas infracciones no se encontraban sancionadas con pena de muerte al momento de la entrada en vigencia de la Convencion Americana, por la cual ésta ha sido violada. Incluso delitos comunes como el secuestro, en el caso de homicidio, violación o lesiones graves de la víctima, se encuentran sancionadas con la pena de muerte, en virtud de disposiciones dictadas también con posterioridad a la citada Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana señala que toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la anmistía, el indulto o la conmutación de la pena (que en nuestro derecho es una forma de indulto), los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente. La Constitución de 1980 vulnera flagrantemente en este punto a la Convención Americana al disponer que no procederá respecto de los delitos terroristas la anmistía ni el indulto.

7. Obligación de establecer un régimen penitenciario que tenga por objeto la rehabilitación del delincuente.

Aquí sólo nos es posible enfatizar la necesidad de crear un sistema penitenciario idóneo para cumplir esa finalidad, que la doctrina moderna considera el objetivo principal de la pena. Es evidente que el régimen penitenciario chileno dista mucho de cumplir con dicha finalidad. No se trata sólo de un problema de recursos, sino que de concepción. Tradicionalmente en Chile este problema no se ha asumido en toda su dimensión. Han prevalecido otros criterios que asignaron prioridades a otras áreas como la salud, educación, vivienda y otros, en detrimento de un adecuado tratamiento de la criminalidad. Debe enfatizarse el deber de la sociedad de originar un régimen penitenciario eficazmente rehabilitador, se si considera que en todo hecho punible es la misma sociedad la que tiene parte de la responsabilidad (principio de la co-responsabilidad social, incorporado a muchas legislaciones actualmente), en la medida que es ella la que alumbra varios de los gérmenes criminógenos (desmedido afán de lucro, violencia, sexualidad, etc.).

8. Obligación de tipificar y sancionar en el derecho interno los delitos del derecho penal internacional (genocidio, torturas, etc.).

Esta obligación no se encuentra cumplida en nuestra legislación penal.

Cabe hacer presente, a propósito de las Convenciones sobre la Tortura ratificadas por Chile, que se hace reserva de la disposición que establece que no se puede invocar como eximente el cumplimiento de órdenes superiores (obediencia debida), por estar en conflicto con normas del derecho interno que expresamente contemplan esa situación como una eximente de responsabilidad criminal. Dicha reserva es un ejemplo de no acatamiento de la norma internacional, puesto que es el derecho interno el que debe ajustarse a las normas internacionales, no al revés. En este caso, por lo demás, la reserva se refiere a un aspecto sustancial de la Convención, en cuanto la eximente de la obediencia debida constituye una de las condiciones que hacen posible la práctica de la tortura.

9. Normas que garantizan el libre ejercicio de los derechos humanos en general.

Diversas leyes dictadas por el régimen militar castigan penalmente el ejercicio legítimo de varios Derechos Humanos: derecho de expresión, a dar y recibir información; derecho de asociación; derecho de reunión; derecho de petición; libertad de pensamiento, etc.

Tales son los casos, entre otros, del D'L' 77 (que declara asociaciones ilícitas a los partidos de izquierda); del D'L' 2.347, sobre asociaciones sindicales de hecho; del D'L' 2.621; que establece presunciones arbitrarias de asociaciones ilícitas, las modificaciones a la Ley de Abusos

de Publicidad; la llamada Ley Antiprotestas; la ley complementaria del art. 8º de la Constitución de 1980.

III. Principios básicos del Derecho Penal que no están directamente consagrados en la normativa internacional sobre Derechos Humanos.

a) Existencia de conceptos ontológicos pertenecientes al orden natural o mundo real, que la ley penal debe acatar.

Uno de estos conceptos es el de acción. También lo son los de autor y cómplice, que se infringen cuando se establecen presunciones que constituyen ficciones jurídicas.

Los delitos de peligro abstracto suponen también una alteración o desconocimiento de la realidad ontológica, al presumirse en ellos una afectación de bienes jurídicos que pudo no existir. Esto es particularmente grave porque el Derecho Penal sólo puede justificarse en la necesidad efectiva de proteger bienes jurídicos vitales para el funcionamiento de la sociedad.

Otro ejemplo de infracción del principio mencionado lo constituye el concepto que la ley da de violencia, para los efectos del delito de robo. Se incluyen en la definición legal dos casos de engaño, que, conceptualmente, debieron configurar eventualmente casos de estafa, pero no de robo, cuyo tratamiento penal es mucho más severo.

b) Necesidad de que exista un bien jurídico afectado.

No debiera penarse la simple desobediencia, en un derecho penal democrático consecuente con los Derechos Humanos. Ya se dijo que la legitimación del Derecho Penal se encuentra en la necesidad social de proteger los bienes jurídicos vitales. Esa es también su función. Siempre debe existir un daño o un peligro efectivo y concreto para un bien jurídico determinado. De ahí que deban rechazarse, como se dijo, los delitos de peligro abstracto.

c) El principio de la intervención mínima del estado en la represión penal (última ratio).

La sanción penal debe tener un carácter subsidiario y restringirse sólo a la protección de bienes jurídicos realmente vitales para el normal funcionamiento de la sociedad.

Desde luego, deben desaparecer los llamados delitos de bagatela. Pero no sólo ellos. Es preciso adecuar la legislación penal a las actuales valoraciones ético-sociales y culturales. Así, el adulterio y la homosexualidad entre adultos, debieran suprimirse del catálogo de los delitos. En suma, la sanción criminal debe reservarse para los casos en que aparezca estrictamente necesario. Debe revisarse a fondo nuestra legislación penal desde esa perspectiva.

d) El principio de que no hay pena sin culpa.

Uno de los presupuestos de la responsabilidad penal es el de la participación subjetiva a título de dolo o, cuando menos, de culpa.

Debe rechazarse la responsabilidad objetiva en cualquiera de sus formas. Los delitos calificados por el resultado deben eliminarse. La doctrina nacional reconoce la existencia de esta clase de delitos en el secuestro con daño grave y en algunas hipótesis de incendio. De aceptarse esta interpretación querría decir que se está infringiendo el principio mencionado.

IV. Necesidad de una adecuada protección penal de los Derechos Humanos.

Dentro del ordenamiento jurídico interno tienen una importancia especial las normas previstas para el caso de violaciones de los Derechos Humanos. En efecto, no tendría sentido proclamar determinados derechos que pudieran ser desconocidos impunemente o cuya lesión no estuviera sancionada debidamente. La pregunta decisiva que debe formularse a los Derechos Internos es la siguiente: ¿Cómo reacciona el sistema jurídico en el evento de violaciones a los Derechos Humanos?.

Particular trascendencia, en este aspecto, tienen las disposiciones penales, puesto que la violación de los Derechos Humanos constituye, en los casos más graves, otras tantas formas de delitos castigados por la ley. El examen del tratamiento penal en estas materias permite conocer la importancia real que la ley asigna a los Derechos Humanos, como asimismo, el orden jerárquico que establece entre ellos.

El Código Penal chileno -lo mismo que la mayoría de los demás en Latinoamérica- no ignora la especificidad de los Derechos Humanos en cuanto objeto de protección penal. Al contrario, prevé con rigor, esta situación, al sancionar en párrafo separado, "los derechos garantidos por la Constitución", a los que distingue de los atentados a los mismos

derechos cometidos por particulares. Se sustrae, así de las normas generales del Derecho Penal, la sanción de las violaciones a los Derechos Humanos.

Lo que corresponde es determinar el sentido y la finalidad de dicha sustracción, para lo cual es preciso examinar las figuras contenidas en el párrafo citado, sus elementos típicos, sus penalidades y los principios en los que se inspira la represión penal de las violaciones a los Derechos Humanos.

A continuación, muy esquemáticamente, me ocuparé de la reacción penal en caso de violación de los Derechos Humanos más esenciales (vida, integridad corporal, y libertad personal) y a las violaciones de las libertades públicas características del sistema liberal (derechos de expresión, reunión y asociación), que sirven de sustento de los derechos políticos y del orden democrático consagrado en la Constitución del 25.

La figura principal en el Código Penal chileno es la de detención ilegal, tanto por la trascendencia que dicha Constitución otorga a la libertad personal, cuanto porque el tratamiento de este delito revela paradigmáticamente cuáles son los criterios que han inspirado al legislador en la tutela de los derechos de la persona cuando ellos son atropellados por la autoridad pública.

Pues bien, para el Código Penal chileno, el delito de secuestro, que tiene por sujeto activo a un particular, es más grave que la detención ilegal, cometida por un funcionario público. Ambos delitos atentan en contra del mismo bien jurídico: la libertad personal; y la conducta es la misma: privar a otro de este valor. La única diferencia radica en el autor de una y otra infracción. Para la ley penal la libertad personal vale menos si el atentado proviene de un funcionario público.

Esta discriminación trasciende a la libertad personal en el sistema del Código Penal chileno. Ella supone, además, una distinta valoración de la propia persona del ofendido y de sus intereses más vitales, incluidos la vida y la integridad corporal. Estos bienes jurídicos son desvalorizados por el legislador en el caso de que su lesión sea consecuencia de una detención ilegal cometida por funcionarios públicos.

Este tratamiento privilegiado para los funcionarios públicos contradice capitales principios jurídico-penales. En efecto, la calidad de funcionario público, constitutiva de una circunstancia agravante aplicable de modo general a todos los delitos, determina, paradógicamente, en los delitos contra los Derechos Humanos, una sensible rebaja de penalidad. Opera como una circunstancia atenuante muy calificante. Estos criterios

legislativos contravienen la proclamación constitucional de que la libertad personal -lo mismo que los demás derechos de la persona- es anterior y superior al Estado, puesto que es la propia intervención de este último la que coloca a los derechos esenciales de la víctima en situación desmedrada ante la ley penal. La contradicción con el sentido de la garantía constitucional de tales derechos es flagrante: el deber de su respeto es mayor para los particulares que para los agentes de la autoridad, en circunstancias de que la función de esta última es precisamente asegurar los derechos de la persona. Esta situación representa una aberración axiológica, puesto que el funcionario público responsable de una detención ilegal lesiona, además de la libertad personal, otros valores que integran el bien jurídico en los delitos que atentan en contra de los Derechos Humanos: a) el sentido de la garantía constitucional como un límite al poder del Estado; b) la administración pública y c) la seguridad del Estado, pese a lo cual recibe un castigo menor que el que se contempla para los particulares, que sólo violan la libertad personal del ofendido.

Análoga discriminación en favor de los funcionarios públicos se hace en el delito de violación de correspondencia.

En lo que se refiere a la violación del domicilio, las penas son similares para los funcionarios públicos y los particulares. También esta situación es censurable, ya que la intervención de un funcionario público que se prevale de su función para cometer el delito debiera originar una sanción mayor.

En lo que concierne a la protección penal de los derechos de opinión e información, reunión y asociación, ella es extremadamente deficiente. Se contemplan para los funcionarios públicos infractores sanciones bajísimas de suspensión del empleo que no se compadecen con la importancia que en un sistema democrático tienen estos derechos.

Especial mención merece la norma del art. 159 del Código Penal sobre obediencia disciplinaria como eximente de responsabilidad penal, que favorece al funcionario público que atenta en contra de los derechos garantidos por la Constitución. Esta exención cubre incluso la tortura, aunque de ella se deriven lesiones o la muerte de la víctima.

Es revelador que nuestro Código Penal se haya preocupado expresamente -en forma, en rigor, innecesaria- de hacer resaltar esta causal de impunidad. La insistencia en el hecho de la responsabilidad exclusiva de los superiores denota el carácter oficial -formales actos de Estado- de esta clase de atentados en contra de los Derechos Humanos, y sugiere

la participación en ellos de diversos funcionarios que actúan en diferentes niveles.

Una adecuada conceptualización de los delitos en contra de los Derechos Humanos debiera excluir a la obediencia debida como eximente de responsabilidad penal, a lo menos respecto de los derechos más fundamentales. Son precisamente los mecanismos propios de esta eximente los que permiten la existencia de tales violaciones y los que posibilitan su práctica masiva y sistemática.

Por otra parte, debe repararse en que, en los casos más graves de violaciones a los Derechos Humanos motivadas en razones de carácter político, el superior responsable de las órdenes respectivas será normalmente el Ministerio del Interior, el cual debe ser previamente desaforado por el Congreso para que pueda perseguirse su responsabilidad criminal. La conversión, así operada, de una cuestión delictual, en un problema político, hace perder de vista la índole criminal del hecho y tiende a hacer prevalecer, en la decisión parlamentaria, consideraciones de conveniencia política ajenas a la dignidad de la persona humana y a las exigencias de una adecuada protección en contra de los atropellos a sus derechos. Dentro de semejante sistema político institucional basta con que el gobierno cuente con, o se procure el suficiente respaldo en el Parlamento, para que las violaciones a los Derechos Humanos indicados no puedan sancionarse penal ni políticamente. Como se advierte, las consideraciones políticas en orden a mantener la estabilidad institucional prevalecen por sobre los Derechos Humanos.

Las violaciones delictuales de los Derechos Humanos en su sentido riguroso, esto es, oficiales actos de Estado, envuelven un conflicto entre el gobierno y los derechos de las personas, que la ley penal tiende a resolver en favor del primero.

Este criterio legislativo denota un concepto erróneo de orden público, en virtud del cual se lo identifica con los intereses de la autoridad. Sin embargo, de acuerdo con una concepción verdaderamente democrática de orden público, éste aparece integrado no sólo por los intereses legítimos de la autoridad, sino que, en primer lugar, por los derechos de las personas, llamados fundamentales justamente porque constituyen el fundamento de todo el orden social. Es por eso que dentro de un orden público entendido democráticamente, no deben oponerse los intereses del gobierno y los derechos de las personas, puesto que la justificación de la existencia misma de la autoridad es precisamente el aseguramiento de estos derechos.

En suma, una consecuente defensa del orden público -que es un bien que pertenece a la sociedad como un todo- y de los valores democráticos, exige una protección integral de ellos, la que debe incluir muy especialmente la sanción apropiada de las violaciones a los Derechos Humanos cometidas por agentes del Estado.

La discriminación en favor de los funcionarios públicos para el caso de atentados en contra de los derechos constitucionales vulnera los principios de igualdad en la estimación axiológica de acciones de un similar contenido de desvalor. En efecto, la forma exhaustiva y severa con que se sancionan los atentados en contra de los intereses del gobierno y de la autoridad, contrasta agudamente con la defectuosa protección penal de los derechos de las personas, los cuales también integran el orden público y representan valores de un rango similar, si no superior, al de los intereses estatales sancionados.

Esta falta de equidad en la ponderación de ambos tipos de atentados revela una concepción político - jurídica autoritaria por parte del sistema legal tradicional chileno que contradice su aspiración de realizar los valores democráticos, sobre la base de proclamar a los Derechos Humanos como el fundamento de toda organización social.

La oportunidad que ofrecerá la reconstrucción de la democracia en nuestro país debe ser aprovechada para corregir y perfeccionar la totalidad de nuestro sistema jurídico, de modo de convertirlo en un instrumento verdaderamente útil para la realización de los Derechos Humanos. Hago votos porque este Seminario sea el primer paso de un fructífero proceso de estudios y reflexión de dicho ideal.

RECEPCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LA LEGISLACION INTERNA DE CHILE EN RELACION A LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO

Claudio Díaz U.

I. INTRODUCCION

Cuenta la historia que, en el proceso a Luis XVI, sus abogados fundamentaron la defensa en la ausencia de las garantías de un proceso legal. La suerte fue adversa para el acusado y lamentablemente también para sus defensores, uno de los cuales fue guillotinado (1).

Tal vez esto sea una muestra más de los sacrificios que se han debido realizar para que se reconozca aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, también llamados "Derechos Humanos". Dentro de éstos se encuentra precisamente el derecho al "debido proceso" y, de acuerdo a nuestra legislación, el derecho a un "racional y justo procedimiento".

El objeto de este trabajo es intentar delimitar, en cuanto a su contenido, dichas garantías, para lo cual señalaremos someramente sus antecedentes históricos, como asimismo veremos la forma en que se encuentran consagrados en los principales pactos sobre derechos humanos.

La verdad es que a nuestro juicio las garantías individuales, así como también todo derecho subjetivo, serían letra muerta si es que no existiera la posibilidad de recurrir a un órgano jurisdiccional para que las tutelara. De ahí la importancia de nuestro tema, pues trata de establecer los marcos mínimos en que debe desarrollarse esta actividad del Estado, que nada más y nada menos, viene a tutelar todas las garantías individuales. Desde este punto de vista, el "debido proceso" es entonces la garantía de las garantías.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

La Carta Magna (1215) en su art. 39, señalaba que un "jui-

cio legal" era necesario para privar a una persona de su libertad o de sus bienes" (2).

Por su parte, en la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" (1789), en sus arts. 8º y 9º, encontramos preceptos que establecen la garantía del "debido proceso" pero referida al ámbito penal. En dicha declaración se establecía que nadie podía ser castigado por un delito sino en virtud de una ley "legalmente aplicada", y que toda persona debía presumirse inocente hasta que no fuera declarada culpable (3).

En tercer término, tenemos la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787), cuya XIV enmienda asegura que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad sin el debido proceso legal (4). Es interesante señalar a este respecto que la XIV enmienda fue establecida casi un siglo después de promulgado el texto original, y que su instauración se encuentra directamente relacionada con los movimientos abolicionistas en ese país (5). Asimismo, que la Corte Suprema, por la vía jurisprudencial, aplica "el debido proceso" para proteger muchas de las garantías individuales. Así, se habla del "Sustantive Due Process", para asegurar, por ejemplo, el igual acceso de negros y blancos a la educación pública, como también del "Procedural Due Process", para referirse a garantías mínimas de un proceso jurisdiccional o administrativo (6). No es del caso analizar el contenido del "due process of law" en la constitución americana, pero lo cierto es que él excede notablemente lo que nosotros entendemos por debido proceso. Sin perjuicio de lo anterior, algunos fallos de la Corte Suprema de dicho país dictados a propósito de garantías jurisdiccionales, pueden ser de utilidad para nuestros propósitos (7).

Como es sabido, la Constitución Americana influyó notablemente en las constituciones que se dieron con posterioridad los demás países americanos. En el caso particular de nuestro país, a contar del Reglamento Constitucional de 1812, es posible encontrar referencias al debido proceso o a la necesidad de ser juzgado legalmente para poder ser condenado (8) (9).

El Acta Constitucional Nº 3 primero, y luego el art. 19 Nº 3 de la Constitución de 1980, bajo la garantía de la "Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos", asegura también "un proceso previo legalmente tramitado" y obliga además al legislador a "establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento". En este precepto se comprende también el derecho a defensa jurídica (incisos segundo y tercero), la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales (inc. 4º), y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, consagrando finalmente el principio de la legalidad en materia penal, en sus aspectos de necesidad de ley previa, de prohibición por regla general de la irretroactividad y de exigencia de tipicidad.

Los debates de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución son ampliamente ilustrativos para desarrollar el contenido de esta garantía y nos referiremos a ellos al tratar dicho punto. Por el momento y dentro de esta perspectiva histórica, queda claro que la Constitución de 1980 amplió la garantía individual en estudio, a aspectos que no estaban consagrados en las constituciones anteriores.

III. TRATADOS INTERNACIONALES

1. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

En sus artículos 8, 10 y 11 comprende los siguientes aspectos (10).

a) Derecho de Acción, esto es, la facultad de poner en movimiento un órgano jurisdiccional.

Esto se desprende del art. 8º, al establecer expresamente que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales, y también del art. 10 al señalar que toda persona tiene derecho a ser oída. Esto último también permite afirmar la necesidad de un debido emplazamiento al demandado para que pueda defenderse de la pretensión entablada en su contra.

b) Derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 10º).

c) Derecho a que el procedimiento esté regido por el Principio de Igualdad Procesal, también llamado de "Bilateralidad de la Audiencia" o simplemente principio de "Bilateralidad".

Cabe recordar que esta exigencia tiene un significado amplio, que parte desde la necesidad de un emplazamiento, hasta análogas condiciones de expresión y de prueba para ambas partes (11).

d) Derecho a que el proceso tenga el carácter público (arts. 10 y 11).

e) A continuación, los citados preceptos contienen una serie de garantías referidas a los procesos criminales, entre las que cabe destacar el derecho del inculpado a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad, y el derecho a un proceso público en el que se aseguren las garantías necesarias de defensa.

f) Finalmente, y como límites para el legislador y juzgador, se establece la prohibición de la irretroactividad en materia penal, la necesidad de que el hecho esté tipificado como delito antes de su perpetración y la prohibición de aplicar una pena más grave a la existente al momento de cometer el delito.

2. Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948) (12).

a) Esta en sus artículos 18 y 20 consagra el derecho de acción.

b) Se contempla también el derecho a un procedimiento sencillo y breve a fin que los Tribunales amparen a toda persona ante los actos de la autoridad que violen algunos de los derechos fundamentales reconocidos por las respectivas constituciones.

c) El derecho de todo acusado en un proceso criminal a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

d) El derecho de todo acusado por un delito a ser oído en forma imparcial y pública, a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (N.U. 1966) (13).

En los artículos 2, 9, 10 y 14 encontramos referencias al debido proceso.

En síntesis éstas son:

a) Derecho de Acción (art. 2 Nº 2, art. 9 Nº 4).

b) Garantías del detenido o preso a ser juzgado en un plazo razonable y a que la prisión preventiva no sea la regla general (art. 9 Nº 3 y art. 14 letra "c").

c) Principio de Igualdad de las partes o de Bilateralidad de la Audiencia (art. 14 Nº 1, art. 14 Nº 3, letras "a" y "e").

d) Principio de Publicidad como regla general de los actos de los tribunales (art. 14 Nº 1).

e) Derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial (art. 14 Nº 1).

f) Derecho del acusado por un delito a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe lo contrario (art. 17 Nº 2).

g) Garantías mínimas de un sujeto pasivo en un proceso criminal, tales como ser informado sin demora y en idioma que comprenda de los cargos existentes en su contra, derecho a tener un defensor, derecho de producir y controvertir prueba testimonial, derecho a no ser obligada a declarar contra si misma ni a confesarse culpable (art. 14 Nº 3).

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José de Costa Rica" (O.E.A. 1969) (14).

En su artículo 8, bajo el epígrafe "Garantías Judiciales" se contemplan preceptos muy similares a los contenidos en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

De esta manera, aparece consagrado el derecho de acción, la necesidad de un tribunal competente, independiente e imparcial y el principio de igualdad (art. 8 Nº 1) (15).

Como diferencias podríamos señalar, por ejemplo, que en el Pacto de San José de Costa Rica se agrega el derecho a ser oído en "un plazo razonable". También que la necesidad que el Tribunal encargado de juzgar se halle establecido con anterioridad por la ley. Finalmente, se omite la exigencia de la publicidad de los procesos en general, limitándose sólo a los procesos criminales (art. 8º Nº 5).

En cuanto a las garantías mínimas de un sujeto pasivo en un proceso criminal, se agregan la de la inmutabilidad de las sentencias absolutorias (art. 8º Nº 4) y la exigencia de que la confesión sea obtenida sin coacción de ninguna especie (art. 8 Nº 3).

Al igual que en pactos y declaraciones anteriores, en el art. 9 se establece el Principio de Legalidad y de Irretroactividad en materia penal (16).

IV. CONTENIDO DE LA GARANTIA

1. Ubicación dentro de la temática de los Derechos Humanos.

Después de efectuar una breve revisión histórica acerca de lo que se ha llamado "debido proceso", como así también de examinar la forma en que en los principales tratados internacionales es consagrado, intentaremos ubicar esta garantía dentro de la temática de los Derechos Humanos.

Para esto es bueno preguntarse ¿por qué al lado del derecho a la vida, del derecho a la libertad o a la integridad física, por citar algunos de los derechos fundamentales, se incluye también el derecho al debido proceso? .

Creemos que, independientemente de la tesis que se sustente en orden a si la Jurisdicción tiene por finalidad velar por la efectiva vigencia del derecho objetivo o el respeto de los derechos subjetivos, no puede desconocerse que un "debido proceso" es determinante para la vigencia efectiva de las garantías individuales (17).

En efecto, el carácter tutelar del proceso se da al menos en dos aspectos. En primer lugar, como único camino legítimo para que quien se crea titular de un derecho, que le es desconocido, pueda hacerlo efectivo. En segundo lugar, porque frente a determinadas garantías, el proceso es el único medio legítimo para afectarlas. Así, quien se cree titular de un crédito que le es desconocido por un supuesto deudor, debe recurrir a un órgano jurisdiccional para que, a través de ese instrumento que llamamos proceso, se le señale si es o no efectivamente titular del crédito que dice detentar. Por otro lado, si el Estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva respecto de aquel a quien se imputa la comisión de un delito, deben obtener la pena a través de un proceso.

Para que esta función tutelar sea efectiva, la sentencia debe ser justa, es decir, debe dar realmente lo suyo a quien corresponda y no, siguiendo los ejemplos anteriores, desconocer el crédito, si éste era efectivo, o sancionar penalmente al inculpado, siendo inocente.

A fin de obtener la justicia de la decisión, se establecen distintos actos que van a formar parte del proceso, como asimismo se señala el orden en que deberán desarrollarse. Al establecer los actos y el orden de los mismos debe partirse de la premisa que los litigantes son esencialmente iguales.

Lo anterior, por cuanto así como ni la ley ni la autoridad pueden establecer discriminaciones arbitrarias, ya que se reconoce una igualdad básica de las personas, tampoco frente a quien le corresponde decidir en definitiva sobre la vigencia o procedencia de los derechos invocados cabe aceptar discriminación ni desigualdad alguna.

De esta manera, entendemos que de la "Igualdad ante la ley" se deriva una igual protección en el ejercicio de los derechos, y que dicha protección se realiza fundamentalmente a través del proceso, el cual debe estar revestido de determinadas garantías para ser eficaz.

2. Conceptos de "Debido Proceso" y de "Racional y Justo Procedimiento".

a) Planteamiento.

A fin de determinar el contenido de ambos términos, lo primero que debe recordarse es que los conceptos de "Proceso" y "Procedimiento" son distintos para los estudiosos del Derecho Procesal.

Podemos entender por proceso: "el desarrollo del conocimiento de una contienda por parte de un juez para apreciarla y resolverla en derecho" (18), y por procedimiento, el orden a que se encuentran sometidos los distintos actos del proceso.

En líneas generales, el proceso supone un conjunto de actos que tienen por finalidad la solución justa de la controversia. La forma en que esa controversia es revelada al tribunal es el procedimiento.

De esta manera, la forma podrá ser oral o escrita, podrá ser breve o de lato conocimiento, etc.

Como dice un autor "El proceso se concibe como sucesión de actos en el tiempo. El procedimiento por el contrario, no es más que el cauce a través del cual se desarrolla el proceso. (19).

En consecuencia, el procedimiento es una técnica, en cuanto

regula la actividad de los sujetos del proceso, señalando cómo deben comportarse para obtener un determinado efecto.

Por lo anterior, el procedimiento en cuanto forma, no puede ser justo o injusto, sino solo correcto o incorrecto, acertado o desacertado, racional o irracional.

De esta manera, cuando el constituyente obliga al legislador a establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, no podemos sino entender que la expresión "justa" está referida a la decisión pero no al procedimiento en sí mismo.

b) Debido proceso y racional y justo procedimiento.

Una interpretación del art. 19 Nº 3 inc. 4º de la Constitución de 1980 nos podría llevar a la conclusión que "debido proceso" es aquel en que se ha dado cumplimiento a las normas que lo regulan, cualquiera sea el contenido de estas normas. De esta manera, si una ley estableciera, por ejemplo, que en los procedimientos ejecutivos por cobro de deudas a favor de los Bancos, no se admitirán excepciones del deudor, el cobro forzado que obtuviera un acreedor a través de dicho procedimiento lo sería en virtud de un "proceso legal".

De aceptar dicha inteligencia no tendríamos sino que concluir que la garantía del "debido proceso" contenida en los diversos pactos internacionales que tuvimos ocasión de analizar en el capítulo III de este trabajo, carecería de aplicación en nuestro país.

Sin embargo, creemos que tal interpretación no se compadece ni con la letra ni con el espíritu del propio inc. 5º del Nº 3 del art. 19, como así tampoco con la historia fidedigna de su establecimiento.

En efecto, el referido precepto exige que la sentencia se funda en un "proceso previo legalmente tramitado". En consecuencia, el sustantivo es el proceso, el cual deberá ser previo a la sentencia, en el sentido de ser esta última el acto de conclusión de aquél y además, legalmente tramitado, esto es, con sujeción a las reglas de procedimiento que lo regulan.

Por otro lado, la historia fidedigna del precepto constitucional nos muestra que lo que se trató de establecer en nuestro país fue la garantía del "debido proceso", teniendo como antecedentes la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana

de los Derechos y Deberes del Hombre. En definitiva, se prefirió no utilizar la expresión "debido proceso" por considerarla propia del Derecho Anglosajón y que por lo mismo podría llevar a confusión a la Jurisprudencia y a la doctrina, lo cual no significa que se haya querido excluir el contenido de la garantía (20).

En suma, la Constitución exige un "proceso previo" como fundamento de toda sentencia. Además, la historia de la ley nos muestra que el término "proceso" no fue utilizado de manera neutra sino que con un contenido valorativo, específicamente, con referencia a aquellos elementos que los textos internacionales y la doctrina exigen para que nos encontremos frente a un ente de esta naturaleza y no a otro distinto. Por último, al exigirse que el proceso sea "legalmente tramitado" la Constitución hace referencia al procedimiento como parte del proceso.

Ahora bien, la cuestión a resolver es determinar cuáles son aquellas exigencias mínimas que nos permiten afirmar que el proceso es el "debido", ordenado o querido.

Antes de intentar dar respuesta a la interrogante quisiéramos hacer presente lo siguiente:

1. Que compartimos la tésis de que el proceso, como instrumento para resolver controversias, es una institución de derecho natural, en cuanto ha existido y existe independientemente del reconocimiento y reglamentación en los textos positivos. De esta manera, escapa al contenido de este trabajo y a nuestra capacidad, pretender formular de manera absoluta y definitiva todas aquellas exigencias que emanan de la naturaleza del proceso. En consecuencia, trataremos sólo de sistematizar y enunciar aquello que nos parece esencial.

2. Que toda enumeración adolece del riesgo de ser incompleta, por lo que desde luego admitimos que la que realizaremos más adelante, es susceptible de ser complementada. De hecho, como veremos a continuación, la noción de debido proceso supone elementos variables.

b.1. Presupuestos Procesales de Existencia y Validez.

Aún cuando Carnelutti opina que la teoría de los Presupuestos Procesales es un objeto que debería conservarse en un museo, creemos que dicha teoría conserva una importante utilidad teórica y práctica (21).

Entendemos por Presupuestos Procesales aquellas circunstan-

cias anteriores al proceso y que son necesarias para que éste tenga existencia y validez.

En primer término, dichos presupuestos serán los consagrados de manera expresa en la propia Constitución.

Estos son a saber:

1) Existencia de un tribunal establecido por la ley con anterioridad (art. 19 Nº 3 inc. 4º).

2) Dicho tribunal debe estar investido de Jurisdicción.

En segundo término, los elementos serán los que emanen de la naturaleza misma del proceso. Dentro de éstos se encuentran la Independencia y la Imparcialidad del tribunal, única manera que se cumpla con la finalidad propia del proceso, cual es resolver en forma justa la controversia.

A los anteriores cabe agregar la existencia de partes con capacidad de ser tales.

La existencia de un tribunal con jurisdicción, y de partes con capacidad de tales, es denominada por parte de la doctrina como "Presupuestos Procesales de la Acción", porque su ausencia acarrea un "no proceso" (22). Nosotros hemos agregado la "Independencia" y la "Imparcialidad" del tribunal porque creemos que su ausencia acarrea un "no tribunal". Entendemos, en todo caso, que al requerirse que el tribunal deba estar establecido por la ley, dicho establecimiento se hará de manera tal que sea efectivamente independiente e imparcial. De no ser así, dicha ley sería inconstitucional.

Eduardo Couture agrega a lo anterior la "Responsabilidad" del juez, necesaria a su juicio para que el poder no se convierta en despotismo (23).

b.2. Derecho de Acción.

Dijimos que el proceso garantizaba la efectiva vigencia de los derechos. Para que esto sea factible, es necesario que exista la posibilidad de requerir la intervención del Tribunal a fin de que resuelva las controversias, sin que pueda negarse a ello.

En este punto cabe señalar que la Comisión de Estudios de

la Nueva Constitución había propuesto en el art. 19 Nº 3 un inciso que establecía expresamente: "Toda persona puede recurrir a los Tribunales para hacer valer sus derechos y dispondrá de recurso efectivo contra actos que los violen" (24).

En definitiva, dicho precepto no se incluyó en el art. 19 sin perjuicio de que se dejó expresa constancia que ningún derecho quedaría al margen de protección judicial (25).

De esta manera, aún cuando no se encuentre establecido expresamente en el art. 19 Nº 3, creemos que la exigencia del Derecho de Acción, se desprende de la naturaleza del proceso como instrumento que garantiza derechos. Se desprende además del art. 19 Nº 4 de la Constitución, que establece el Derecho de Petición, en relación con el art. 73 inciso 2º, que consagra el principio de la Inexcusabilidad. De acuerdo a este último precepto, el ejercicio efectivo del derecho de acción está sujeto a la competencia del tribunal, por lo que la competencia forma parte también de la noción de debido proceso.

El derecho de acción no se agota, tal como lo señalan ilustres tratadistas, con el sólo requerimiento de la intervención del tribunal, sino que supone también la posibilidad de plantear las pretensiones y de fundamentarlas, la posibilidad de probar los supuestos de hecho en que se basan dichas pretensiones, controvertir las pruebas de la parte contraria, y en general, instar por la conclusión del proceso hasta su terminación definitiva (26).

b.3. Derecho de Reacción o Defensa.

Es la contrapartida del Derecho de Acción y aparece impuesto por la necesidad de justicia en la decisión. El principio que "nadie puede ser condenado sin ser oído" forma parte entonces del marco constitucional del proceso.

El presupuesto de este derecho es el emplazamiento, que es el llamado a defenderse, y que comprende un acto de comunicación y un plazo.

Al igual que el Derecho de Acción, el Derecho de Defensa supone la posibilidad efectiva de plantear las excepciones, alegaciones o defensas, de fundamentarlas, de probar los supuestos de hecho en que se sustentan, y de controvertir las pruebas de la contraria.

En este sentido la Suprema Corte de los Estados Unidos, gra-

ficando el contenido de este elemento del debido proceso, ha señalado que en definitiva consiste en asegurarle al demandado un "día ante el Tribunal", lo que comprende: 1) Que el demandado haya tenido noticia del ejercicio de una acción en su contra; b) Que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer, exponer sus derechos y suministrar sus pruebas; 3) Que el Tribunal esté constituído de manera tal que dé seguridad de su honestidad e imparcialidad; 4) Que sea un tribunal de la "jurisdicción adecuada" (27).

Volviendo a nuestro Derecho, el art. 19 Nº 3, inc. 2º de la Constitución, consagra este elemento del "debido proceso" al disponer que: "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...".

b.4. Igualdad de las Partes.

Finalmente, la intervención de las partes en el proceso deberá estar regulada de manera tal que les asegure equivalentes oportunidades de acción y de defensa.

Tal como se señaló al ubicar esta garantía dentro de la temática general de los Derechos Humanos, este imperativo es una consecuencia de la "Igualdad ante la Ley".

La Constitución de 1980, de acuerdo al inc. 1º del Nº 3 del art. 19, asegura "La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". De manera tal, que si entendemos que la protección se realiza fundamentalmente a través de un proceso, y que dicho proceso supone los derechos de acción y defensa, la regulación de ambos derechos deberá ser igualitaria para cumplir con el referido mandato constitucional.

El principio de la Igualdad Procesal se relaciona con el problema de la gratuidad de la justicia y dentro de él el de la asesoría gratuita (28).En este último aspecto nuestro sistema general, como es sabido, es el de representación a través del letrado. Por lo anterior, el inc. 3º Nº 3 del art. 19 de la Constitución debió disponer, a fin de mantener la igualdad de las partes, que la ley debería arbitrar los medios para otorgar asesoramiento a quienes no pueden procurárselos por sí mismos.

b.5. Otros elementos del debido proceso.

Los Presupuestos Procesales, el reconocimiento y adecuada regulación de los Derechos de Acción y Defensa, como asimismo la Igualdad de las partes litigantes, son a nuestro juicio, los elementos mínimos para que un proceso se adecúe al marco constitucional.

Sin embargo, el contenido del "debido proceso" no se agota con estos elementos. Por el contrario, existirán otros que deberán ser establecidos en relación a las distintas situaciones particulares que se presenten.

En este punto es importante señalar que en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se debatió ampliamente acerca de la conveniencia de enumerar los requisitos mínimos del debido proceso. El Sr. Alejandro Silva Bascuñán proponía que se consagrara expresamente que el proceso debía permitir por lo menos oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que corresponda. Sin embargo, don Enrique Evans sustentó la tesis contraria, entre otras razones, porque dicha especificación podría interpretarse en el sentido de que los requisitos del debido proceso, eran esos y no otros. En definitiva, fue esta última tesis la mayoritaria en el seno de la comisión (29).

Dentro de estos elementos particulares se encuentran los propios del proceso penal, contenidos en las letras "e" y "f" del Nº 7 del art. 19 de la Constitución. Estos son en síntesis, la exigencia de que la libertad provisional sea la regla general y la prohibición para que el inculpado declare bajo juramento sobre hecho propio.

En este punto se echa de menos la consagración expresa de la presunción general de inocencia en favor del inculpado, consagrada, por ejemplo, en el art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Además de los señalados, existirían otros elementos del debido proceso cuya exigencia deberá determinarse en atención a la naturaleza de la controversia, tales como la Publicidad, el derecho a una segunda instancia, la celeridad del procedimiento, etc.

En estos casos no legislados cobra especial importancia la exigencia constitucional de un racional procedimiento ya que será precisamente el padrón a utilizar para analizar la procedencia de estas otras exigencias. Así por ejemplo, si en la primera instancia el derecho de defensa estaba limitado, será racional establecer una segunda instancia.

c) Recapitulación.

El concepto de "debido proceso" supone elementos mínimos, algunos de los cuales se encuentran señalados en la propia Constitución y otros que se desprenden de la naturaleza misma del proceso. Asimismo, aparte de esos elementos mínimos, el "debido proceso" puede

ser ampliado, en casos particulares, a otras exigencias.

Sin ánimo de definir, sino sólo con el de tratar de precisar, entendemos por "debido proceso" aquel que se adecua a las exigencias que emanan de la naturaleza misma de este instrumento destinado a resolver conflictos de manera justa.

Esta concepción amplia tiene su fundamento en un importante precepto de la Constitución de 1980 que señala que la soberanía tiene como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5º inc. final). En consecuencia, siendo el "debido proceso" uno de esos derechos esenciales, no está limitado por el reconocimiento del derecho positivo.

En cuanto a la terminología, lo podemos llamar "debido proceso" o "proceso justo". Lo importante es que, como decía don Alfredo Etcheberry, en sus clases sobre delitos económicos, precisemos aquello a lo cual nos estamos refiriendo.

Nosotros hemos optado por utilizar la expresión "debido proceso" porque creemos que es el término que mejor explicita aquella parte de la realidad que queremos delimitar a través del lenguaje. La palabra "debido" es normativa en cuanto nos indica la necesidad de buscar aquellos elementos que permitan que el proceso sea tal y cumpla con su función.

La expresión "proceso legal" la hemos descartado, porque puede llevar al equívoco ya señalado, cual es, pensar que proceso legal es aquel en que se cumplen las normas de procedimiento, cualquiera sea el contenido de las mismas.

Por último, el término "Proceso Justo", ya utilizado entre nosotros, no nos parece apropiado ya que el proceso es por definición un conjunto de actos destinado a la solución justa de una controversia (30).

En cuanto a la exigencia de que el procedimiento sea racional, creemos que se cumplirá con ella en la medida que al interior del proceso se permita, en un plano de igualdad, el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, de manera tal de facilitar que la sentencia dé realmente a cada uno lo suyo.

Así por ejemplo, si el término de emplazamiento es insuficiente para una debida defensa, dicha regulación será irracional.

En definitiva, la regulación misma de los elementos esenciales del "debido proceso", como así también la formulación de otras exigencias adicionales, son relativas, en el sentido que pueden variar de acuerdo a la naturaleza de la controversia de que se trata. La manera de apreciar si esa regulación no es adecuada, es precisamente confrontándola con la exigencia de racionalidad.

Por último, en cuanto a la existencia de justicia, la hemos estimado referida a la decisión y no al procedimiento.

3. Ambito de Aplicación.

El art. 19 Nº 3, inc. 5º de la Constitución de 1980, al disponer que: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado...", hace aplicable la garantía en estudio sólo a los actos de los órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, entendemos que cada vez que se considere que un órgano ejerce jurisdicción, será necesario un "debido proceso". Por lo tanto, habrá que estar a la naturaleza de la función y no a la naturaleza del órgano.

Por lo anterior, será determinante, para establecer cuándo opera la exigencia del "debido proceso", la tesis que se sustente respecto a cuándo nos encontramos frente a una función jurisdiccional y cuándo frente a una función de otra índole.

Escapa al objetivo de este trabajo intentar dilucidar este aspecto, que por lo demás nos parece de suyo complejo. Por esto y a vía de ilustración, podemos decir que Eduardo Couture señala que los elementos que nos permiten afirmar que nos encontramos frente a una función jurisdiccional son tres: la forma (partes, jueces y procedimientos), el contenido (controversia con relevancia jurídica) y la función (asegurar la justicia y la paz social a través de actos eventualmente coercibles) (31).

Por su parte, la Constitución, en su art. 73, da un concepto de Jurisdicción al señalar que ésta comprende la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado. Dicho precepto debe entenderse en relación con los arts. 5º y 6º de la carta fundamental, en cuanto la Jurisdicción es una manifestación de la soberanía.

Por último, la historia fidedigna del precepto nos muestra

que los integrantes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estuvieron de acuerdo en que la garantía se extendiera a todo órgano que ejerza jurisdicción. Aún más, uno de sus miembros pidió que para estos efectos se dejara constancia en actas que: "órgano jurisdiccional es todo aquel que por cualquier motivo pueda dictar un fallo que sea obligatorio y que tenga relación con las personas, con sus bienes, con su situación jurídica, etc. (32).

V. MECANISMOS DE RESGUARDO DE LA GARANTIA

1. Planteamiento

En este punto trataremos de enunciar un aspecto que nos parece tan importante como fijar el contenido de la garantía. Se trata de determinar cómo puede reclamar quien considere que no se le ha respetado, o no se le está respetando, la garantía constitucional del "debido proceso".

En este sentido creemos que es posible distinguir entre medios de control existentes al interior del mismo proceso y medios de control externos.

2. Medios establecidos al interior del proceso.

Se trata de mecanismos establecidos en los procedimientos y que permiten velar por el cumplimiento de los elementos del "debido proceso".

Estos parten del supuesto que el legislador ha establecido las normas de un "debido proceso" y que solo ha existido un desconocimiento de esas normas por parte del encargado de aplicarlas.

En consecuencia, en primer término estos medios no son otra cosa que los recursos procesales, en cuanto se utilicen para remediar errores que consistan en una violación de las normas del "debido proceso". Dentro de éstos, el recurso por antonomasia es el de Casación en la Forma.

El mismo papel pueden desempeñar los Incidentes Procesales en cuanto se dirijan a este fin.

Dentro de este control al interior del proceso, cabe destacar el especial papel que le corresponde al juez como encargado de dar aplicación a las normas de un debido proceso. Creemos que los principios que inspiran el "debido proceso" pueden y deben ser un importante elemento de interpretación, sea el resolver incidentes, sea al fallar recursos, sea finalmente al dictar resoluciones destinadas a dar curso progresivo a los autos. Además, en el silencio de la ley, el juez debería guiarse por estos principios a fin de resolver dichos vacios.

3. Medios establecidos fuera del proceso.

a) Control de la Constitucionalidad de las leyes.

Estos mecanismos de control operan, en primer término, respecto de leyes procesales que no se conforman con el marco constitucional del debido proceso. Se trata de aquellos medios destinados a tutelar la constitucionalidad del proceso.

En este sentido existirían dos tipos de controles:

2.1. Un control a priori, esto es, antes de la promulgación de la ley, a cargo del Tribunal Constitucional, facultado para ello en virtud de lo dispuesto en el art. 82 Nº 2 de la Constitución de 1980. En estos casos, si la ley es declarada constitucional, la Corte Suprema no podrá declararla inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia del Tribunal Constitucional (art. 83 inc. final Const.1980).

2.2. Un control a posteriori, efectuado por la Corte Suprema a través del Recurso de Inaplicabilidad.

Los redactores del proyecto de la Constitución de 1980 consideraron que el gran contralor de la constitucionalidad del proceso tendría que ser la Corte Suprema a través del llamado Recurso de Inaplicabilidad.

Por otro lado, si se observa en el texto constitucional la exigencia del "racional y justo procedimiento", veremos que se encuentra dirigida específicamente al legislador (art. 19 Nº 3 inc. 5º).

En estos casos el control estaría dirigido a determinar si el legislador, al dictar normas procesales, se ajusta o no al marco constitucional impuesto al proceso. Recordemos que los conceptos utilizados por la Constitución son amplios. Así por ejemplo, se habla solo de "pro-

ceso previo" y no de debido proceso (art. 19 Nº 3 inc. 5º). También se exige que toda persona sea juzgada por el "... tribunal que le señala la ley" sin especificar los calificativos que debe tener dicho tribunal (art. 19 Nº 3 inc. 4º).

En consecuencia, es a la Corte Suprema a quien, a través del llamado recurso de inaplicabilidad, corresponde el control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes procesales, y en esta labor tiene un amplio margen para fijar el contenido del debido proceso exigido por la constitución.

b. Recurso de Protección

De acuerdo al art. 20 de la Constitución, que se remite al art. 19 Nº 3 inc. 4º, sólo puede utilizarse este recurso para reclamar de la falta del llamado "juez natural". Como se recordará, el referido inciso establece que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

En consecuencia, de acuerdo a la letra de la ley quedarían fuera del ámbito del Recurso de Protección los demás elementos del debido proceso. Tal fue por lo demás la intención expresa de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, la que consideró en definitiva que los demás elementos del debido proceso quedarían sujetos a otro tipo de controles (33).

De esta manera, siguiendo esta tesis, si por ejemplo una autoridad administrativa, ejerciendo facultades jurisdiccionales, resuelve un conflicto sin respetar los principios del "debido proceso" no podría utilizarse el Recurso de Protección. Sólo quedaría en este caso el Recurso de Queja ante la Corte Suprema.

Otra interpretación señala que el verbo "juzgar" utilizado en el inciso cuarto del art. 19 Nº 3 permite exigir el cumplimiento de aquellos principios mínimos, universalmente reconocidos, que son necesarios para un adecuado juzgamiento (34).

Nosotros por nuestra parte, tal como señalamos al tratar de delimitar el concepto de "debido proceso", creemos que en todo caso la "Imparcialidad" y la "Independencia" deben considerarse comprendidas dentro del vocablo "tribunal". No obstante lo anterior, si es la ley la que ha instituido un determinado organo como tribunal, sólo cabe reclamar

la inconstitucionalidad de dicha ley a través de los medios idóneos para ese fin.

La jurisprudencia en esta materia ha sostenido en principio una interpretación restringida, esto es, sólo controla que el órgano esté facultado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales y no la concurrencia de los principios funcionales del debido proceso (35).

Sin embargo, es posible encontrar fallos que, haciendo referencia a la garantía del debido proceso, han terminado por acoger el recurso considerando que se ha vulnerado de manera ilegal y arbitraria algunas de las garantías que sí están protegidas directamente por el Recurso de Protección. Así por ejemplo, en el caso "Ortega Pozo" se acogió un recurso de protección interpuesto por un trabajador de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, fundado en haber sido despedido en virtud de un procedimiento administrativo seguido en rebeldía. La Corte, luego de constatar que en el procedimiento administrativo se habían vulnerado varias garantías del debido proceso, y de señalar que no obstante lo anterior la garantía en cuestión no está protegida por el Recurso de Protección, termina por otorgar protección al ofendido por considerar que se ha conculcado de una manera ilegal y arbitraria el "derecho al trabajo" (36). Cabe señalar que la Corte consideró también que el acto impugnado no era jusridiccional, por lo que de mantenerse esta tendencia podría significar que el concepto de "debido proceso" se aplique no sólo a los actos jurisdiccionales sino a todo acto que signifique la privación, perturbación o amenaza de derechos fundamentales protegidos por el Recurso de Protección.

VI. CONCLUSIONES

Los elementos del debido proceso, consagrados en los textos analizados en el capítulo III del presente trabajo, serían los siguientes:

1. Derecho de Acción.

2. Tribunal Independiente, Competente e Imparcial.

3. Un procedimiento basado en el principio de Igualdad Procesal.

4. Publicidad del proceso, como regla general.

5. Tribunal preexistente.

6. Procedimiento breve y sencillo para reclamar contra los actos de la autoridad que violen derechos fundamentales.

7. Presunción de inocencia a favor del inculpado en una causa criminal.

8. Detención y prisión preventiva excepcionales.

9. Dètención breve y juzgamiento dentro de un plazo razonable.

10. Derecho de Defensa.

Por su parte, de acuerdo a lo expuesto en el capítulo IV, la Constitución de 1980 recoge los siguientes elementos:

1. Derecho de Acción: En los arts. 19 Nº 14 (derecho de petición) y 73 inc. 2º (principio de la Inexcusabilidad).

2. Tribunal Competente, Independiente e Imparcial: A nuestro entender esto estaría consagrado de manera implícita en el inc. 4º del art. 19 Nº 3, al exigir un "tribunal" y prohibir las comisiones especiales. Lo anterior por cuanto no puede concebirse un Tribunal que no sea Independiente e Imparcial.

En cuanto a la competencia, ésta aparece mencionada solo a propósito de la Inexcusabilidad (art. 73 inc. 2º).

3. Principio formativo del procedimiento, de la Igualdad Procesal: Según dijimos éste se encontraría consagrado al establecerse en la constitución la "Igualdad ante la Ley" (art. 19 Nº 2) y la "Igualdad en la Protección de los Derechos" (art. 19 Nº 3). Resumiendo lo dicho en su oportunidad, pensamos que de la igualdad ante la ley se deriva una igual protección de los derechos. Como dicha protección se realiza fundamentalmente a través del proceso, el cual a su vez tiene como elemento el procedimiento, la regulación de dicho procedimiento debe ser igualitaria.

4. Tribunal preexistente: Este elemento está consagrado expresamente en el art. 19 Nº 3 inc. 4º.

5. Existencia de un procedimiento sencillo y breve para reclamar contra actos de autoridad que violen derechos fundamentales: Cumplirían esta función el Recurso de Amparo (art. 21) y el Recurso de Protección (art. 20).

6. Detención preventiva excepcional: Se encuentra establecida en el art. 19 Nº 7 letra "a" de la Constitución, que establece que la libertad provisional procederá siempre salvo las excepciones que la propia Constitución establece.

7. Detención breve y juzgamiento dentro de un plazo razonable: En lo relativo a la detención, ésta se encuentra reglamentada parcialmente en el art. 19 Nº 7 letras "c" y "d".

En cuanto al juzgamiento dentro de un plazo razonable, esta materia no se encuentra reglamentada en la Constitución.

8. Derecho de Defensa: Este se encuentra reconocido en el inciso segundo del Nº 3 del art. 19.

Los tratados internacionales analizados consagraban además garantías mínimas de un sujeto pasivo en un proceso criminal. De dichas garantías sólo se consagra en el art. 19 Nº 7 letra "f" de la Constitución, la de no estar obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio.

Por tanto, en lo demás, el contenido concreto del derecho de defensa no se encuentra reglamentado expresamente en la Constitución.

9. La Publicidad del proceso: En su oportunidad dijimos que el principio formativo de "Publicidad" podía ser establecido sobre la base de la exigencia para el legislador de dictar normas racionales de procedimiento.

Asimismo, es importante recordar que, en general, en los tratados internacionales este elemento no es establecido de manera absoluta.

Los anteriores serían los elementos del debido proceso recogidos por la Constitución de 1980.

Por el contrario, la Constitución no consagra la presunción de inocencia a favor del inculpado en un proceso criminal. La prohibición contenida en el inc. 6º del art. 19 Nº 3, en orden a que el legislador no

puede presumir de derecho la responsabilidad penal, se refiere, según nuestro entender, al establecimiento de los delitos.

Como corolario de lo dicho, creemos que en general la Constitución de 1980 recoge los elementos del debido proceso contenidos en los Tratados Internacionales analizados en este trabajo.

De esta manera, es posible concluir que para la Constitución un debido proceso es aquel seguido ante un tribunal competente, independiente e imparcial y en el cual se encuentran debidamente reconocidos y reglamentados, en un plano de igualdad procesal, los derechos de acción y de defensa.

Asimismo, que es posible establecer otros elementos del debido proceso de acuerdo a la fórmula amplia del "racional y justo procedimiento".

Por su parte, la legislación procesal civil, penal o especial, debe adecuarse a este marco constitucional del debido proceso. Si no es así, caben los mecanismos de control, destinados a velar que el proceso se ajusta a lo querido por la constitución.

Escapa al ámbito de este trabajo el determinar si la legislación ya existente cumple o no con el mandato constitucional.

De ahí que nos limitemos a formular las siguientes interrogantes:

1. ¿Es racional y justo nuestro procedimiento ordinario penal, en el cual un mismo juez investiga, acusa y falla? .

2. ¿Existe efectivamente derecho a defensa si el procedimiento penal propiamente tal, que es el plenario, es un apéndice del sumario, que se supone es la etapa preparatoria? .

3. ¿Son verdaderamente tribunales, determinadas autoridades administrativas a quienes se les ha entregado facultades jurisdiccionales? .

4. Independientemente del texto de la Constitución: ¿hay "debido proceso" en un procedimiento militar en tiempo de guerra cuyos jueces se encuentran fuera del control de la Corte Suprema? .

5. En el mismo plano anterior, ¿hay "debido proceso" con la actual competencia de los Tribunales Militares? .

A nivel empírico las inquietudes también pueden resultar inquietantes. A vía de ilustración podemos señalar los siguientes:

1. ¿Los sistemas destinados a otorgar asistencia gratuita son realmente efectivos en el sentido de garantizar un efectivo derecho de acción y de defensa a las personas de menores ingresos? .

2. ¿Cumplen en la práctica nuestros procedimientos con las exigencias racionales de celeridad necesarios para que la decisión sea oportuna y eficaz? .

En fin, las interrogantes, tanto a nivel normativo como empírico, son tantas que el camino del "debido proceso" es interminable. Sin embargo, quizás valga como consuelo, y esímulo a la vez, que la Justicia, que es el fin de ese camino, es un valor absoluto al cual debemos aspirar, pero al que en definitiva sólo podemos acercanos.

No quisiera concluir esta ponencia sin agradecer la valiosa ayuda de don José Bernales Pereira, a quien le correspondió una importante participación en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en lo relativo a la incorporación de esta garantía. También quisiera agradecer de una manera muy especial a don Carlos Cerda Fernández quien, con su conocida sapiencia, iluminó muchas de las partes medulares de este trabajo.

NOTAS Y BIBLIOGRAFIA

(1) Par M. A Thiers "Histoire de la Revolution Franceise", Chez Lecontie Editeur, París, 1834, t. III, p. 291 y ss. y p. 367 y ss.

(2) Carta Magna, art. 39: "Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país. En "Los Derechos Humanos Documentos Básicos", Máximo Pacheco, Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 6).

(3) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
art. 8: "La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito".
art. 9: "Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley".
En "Derechos Humanos, Documentos Básicos", ob. cit., p. 51.

(4) Constitución de los Estados Unidos de América: XIV Enmienda: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos". En "Derechos Humanos. Documentos Básicos", ob. cit., p. 56.

(5) Howard N. Meyer: "Reafirmación de Verdades Evidentes". La Enmienda Decimocuarta" publicación del Departamento de Cultura y Prensa de la Embajada de E.E.U.U. en Chile, con motivo de la celebración del Bicentenario de su Constitución.

(6) Jerome A. Barron y C. Thomas Dienes. "Constitucional Law", West Publishing C.O. Minnesota, 1986, págs. 114 y ss.

(7) Eduardo Couture "Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo I, Ediciones Depalma, Bs. Aires, 1979, págs. 50, 51, 59 y 60.

(8) A vía de ilustración: -Reglamento Constitucional 1812: art. 18: "Ninguno sería penado sin proceso y sentencia conforme a la ley".

— Constitución de 1823, art. 122: "Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho".

— Constitución 1833: "Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

— Constitución 1925, art. 11 (idéntico precepto al anterior).
art. 12: Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley que se haya establecido con anterioridad por éste.

(9) José Luis Cea Egaña: "Marco Constitucional del Proceso Justo", en Revista de Derecho y Jurisprudencia.

(10) Declaración Universal de los Derechos Humanos (N.U. 1948).
Art. 8: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos funamentales reconocidos".
Art. 19: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".
Art. 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

(11) Eduardo Couture: "Estudios de Derecho Procesal Civil", T.I., ob. cit., p. 66.

(12) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
Art. XVIII: "Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".
Art. XXVI: "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se prueba que es culpable".
"Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo a leyes preexistentes, y a que no se le pongan penas crueles infamantes o inusitadas".

(13) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (N.U. 1966).
Art. 2 Nº 3, letra a: "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en el ejercicio de sus funciones oficiales.
Art. 9 Nº 3: "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".
Art. 9 Nº 4: "Toda persona que sea privada de su libertad en virtud de su detención o prisión tendrá derecho a recurrir a un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordena su libertad si la prisión fuera ilegal".
Art. 14 Nº 1: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de

justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluídos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de carácter moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de los menores exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".

Art. 14 Nº 2: "Toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"a) Ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella".

"b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección".

"c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas".

"d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente a ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo".

"e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

"f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal".

"g) A no ser obligada a declarar contra si misma ni a confesarse culpable".

Art. 14 Nº 5: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

(14) Pacto de San José de Costa Rica, art. 8:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"a) derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal".

"b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

"c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa".

"d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

"e) derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley".

"f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presente en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".

"g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".

"h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

"3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

"4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

"5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

(15) A nuestro juicio en este precepto no se establece el principio de la Igualdad Procesal o de Bilateralidad de manera tan clara como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10) o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 Nº 1). Sin embargo, creemos que tal principio se encuentra implícito al exigirse que el proceso sea "con las debidas garantías".

(16) Pacto de San José de Costa Rica. Art. 9 "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer para más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una para más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

(17) Acerca de la polémica, consultar entre otros: Francisco Hoyos Henrechson, "Temas Fundamentales de Derecho Procesal", p. 22 y ss., Ed. Jurídica de Chile, 1987.

(18) Carlos Cerda Fernández: "La Naturaleza del Proceso", LXXVII, R. de D. y J., 1er. p. ip. 11-12.

(19) Francisco Ramos Méndez: "Derecho y Proceso", Librería Bosh, Barcelona, España, 1979, p. 38.

(20) Actas, Sesiones Nº 100, 101 y 103.

(21) Couture: "Fundamentos...", ob. cit., p. 110.

(22) Couture "Fundamentos...", ob. cit., págs. 103 y ss.

(23) Eduardo Couture: "Estudios de Derecho Procesal Civil", t. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 84 y ss.

(24) Actas, sesión Nº 100.

(25) Actas, Sesión Nº 103.

(26) Respecto a las diversas teorías acerca del derecho de acción, consultar entre otros a Francisco Ramos Méndez: "Derecho y Proceso", ob. cit., p. 49 y ss.

(27) Couture: "Fundamentos...", ob. cit., pág. 161.

(28) Pedro Aragoneses Alonso: "Proceso y Derecho Procesal", Ed. Aguilar, Madrid 1960, p. 100 y ss.

(29) Actas, Sesión Nº 103.

(30) Así por ejemplo, José Luis Cea, refiriéndose a esta materia titula su trabajo "Marco Constitucional del Proceso Justo".

(31) Eduardo Couture: "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, pág. 34 y ss.

(32) Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión 103, p. 14.
En este mismo sentido José Luis Cea, "Marco Constitucional del Proceso Justo", ob. cit., p. 74.

(33) Eduardo Soto Kloss: "El Recurso de Protección", Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 114.

(34) Soto Kloss: "El Recurso de Protección", ob. cit., p. 115 y ss.

(35) Soto Kloss: "El Recurso de Protección", ob. cit., p. 110 y ss.

(36) Fallo citado por Eduardo Soto Kloss en "El Recurso de Protección, ob. cit., p. 114 y ss.

COMENTARIO AL TRABAJO DEL PROFESOR CLAUDIO DIAZ

Carlos Cerda F.

Tan interesante como novedoso en nuestro medio me ha parecido el trabajo del profesor Claudio Díaz Uribe.

Su lectura ha sido para mí un estímulo, principalmente en orden a desentrañar el alcance del inciso 5º del numeral 3º del art. 19 de la Constitución de 1980.

Es sobre el particular que intento un breve comentario.

1. El discurso es el siguiente:

"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento".

El texto comprende dos oraciones.

Sujeto de la primera es "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción".

De este sujeto se predica un deber -forma verbal "debe"- que no es otro que el de "fundarse en un proceso previo legalmente tramitado".

Sujeto de la segunda oración es el legislador, a quien a través de la cúpula "corresponderá", se ordena establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento.

2. El concepto "sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción", apunta a un doble aspecto:

a) sentencia, que es sinónimo de parecer, opinión, decisión, juicio, y

b) ejercer jurisdicción, que no puede sino entenderse a la manera del art. 73 inc. 1º de la Constitución de 1980 y 1º

del Código Orgánico de Tribunales, a saber, asumir la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado.

El constituyente centró su atención, pues, en la decisión que sigue al conocimiento que los tribunales efectúan de los asuntos civiles y penales, a fin de "resolverlos". Es a esa decisión a la que exige estar fundada en un proceso previo legalmente tramitado.

Esta exigencia también es doble, por cuanto la sentencia debe emanar de un proceso previo; mas no de uno cualquiera, sino de uno legalmente tramitado.

3. Que la sentencia provenga de un proceso previo —"debe fundarse"—, significa que ha de ser fruto o consecuencia de un proceso racional en el que se haya dado la triple etapa epistemológica del conocimiento, la argumentación y juicio. Porque el proceso jurisdiccional es eso: el desarrollo del conocimiento de una contienda por parte de un juez para apreciarla y resolverla en derecho.

Sin proceso —o fuera de él— es inconcebible una sentencia de órgano jurisdiccional.

Jurisdicción y proceso trasuntan una mismo cosa.

4. Que ese proceso sea legalmente tramitado, importa sujetar el conocimiento, argumentación y juicio, a las formas que al efecto ha establecido el ordenamiento jurídico positivo.

El proceso debe llevarse, conducirse, adelantarse conforme a las etapas, estados y diligencias que señala la ley. Son las reglas del juego, a las que juez, partes y terceros han de atenerse.

Es el procedimiento, siempre y por definición, tributario del proceso, pues está para posibilitar el logro de los fines propios de ésta; existe para que el juez conozca, juzgue y argumente adecuadamente, persigue proporcionar al juez la mayor información posible con miras a lograr su convicción; es el instrumento para alcanzar la verdad judicial.

5. Proceso previo, por una parte, y proceso previo legalmente tramitado, por la otra, son dos exigencias claramente presentes en el texto en examen.

La primera mira a lo substantivo, al contenido. La segunda

a lo adjetivo, al continente. Ambos aspectos quedan insinuados en el trabajo del profesor Díaz.

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES BIBLIOTECA

Lo importante es que la sentencia jurisdiccional debe surgir necesariamente de un proceso, con todo lo que éste implica. Y que, a su vez, este proceso debe ser tramitado conforme a ley.

No basta, por tanto con sostener que lo que el inc. 5º del Nº 3 del art. 19 manda es que la sentencia se atenga a un procedimiento legal. Eso no es suficiente ni exacto.

Se trata de algo mucho más relevante, a saber, la verdadera consagración que el precepto contiene, de la substantividad de la actividad jurisdiccional, al ligar esencialmente sentencia jurisdiccional y proceso. Proceso que no era indispensable quedara definido en la Constitución o en la ley —sabemos que no lo está—, pues si la jurisdicción se nos muestra como el conocer y juzgar, o mejor dicho, el conocer para juzgar, en la voz "proceso" el constituyente no pudo menos que significar todo aquello que es consubstancial a todo conocimiento y juicio prácticos, de los que el jurídico es típico exponente.

Para resguardar esa consubstancialidad gnoseológica, surge la regulación positiva de los procedimientos.

Y es a ellos —sólo a ellos— a los que atiende la segunda parte u oración del texto que se comenta.

6. En efecto, en punto seguido el constituyente se refirió a la obligación del legislador en orden a establecer las garantías de un procedimiento justo y racional.

Racional será el procedimiento que posibilite o resguarde el proceso, es decir, el desarrollo cognitivo por el juez, a fin de sentenciar jurisdiccionalmente. Dícese racional del procedimiento lógicamente dispuesto en función del debido proceso.

7. Más difícil es desentrañar el significado de la expresión "justo procedimiento".

En cuanto tal, un procedimiento es descriptivo, porque dice cómo hay que hacer para determinado efecto.

Y una descripción no admite la categoría axiológica de jus-

ta o injusta; sólo puede atribuírsele corrección o error, acierto o desacierto.

Descartada queda, entonces, la categorización axiológica. Ergo, la voz "justo" no apunta aquí al valor o bien jurídico de la justicia, pues ésta se alza como objetivo propio de proceso más no de sus formas.

Por justo ha de entenderse, en la norma analizada, conformidad, arreglo o sujeción a razón.

La conclusión no es del todo satisfactoria, por cuanto importa atribuir al texto una cierta redundancia: procedimiento racional y arreglado a razón.

Pero no nos queda otra alternativa, a menos que forcemos la semántica o que violemos la lógica.

El constituyente a nuestro entender, no quizo mas que exigir al legislador procedimientos racionales, con la intelección que a esta palabra acaba de asignarse en el acápite que precede.

8. Llama la atención que la carga imperativa para el legislador sea permanente: "siempre".

Esto adquiere enorme importancia, a la luz de los supuestos básicos que emanan del art. 6 de la misma Constitución de 1980. En efecto, si al legislador corresponde "siempre" establecer las garantías de un procedimiento racional, a contrario sensu, un juez, "nunca" podrá dar a una norma adjetiva o procedimental una interpretación, alcance o sentido que la haga irracional, por pugnar contra los propósitos ínsitos en el proceso jurisdiccional. Tal conducta importaría aceptar que, al menos en esa ocasión, el legislador violó el mandato de los arts. 6 y 19 Nº 3 inc. 5º, lo que a ningún juez está permitido.

9. Esta idea inspiró una prevensión reciente en la Corte de Apelaciones de Santiago.

En el ingreso Nº 2719 —88 de ese Tribunal— que incidió en el Rol Nº 36.122 del Octavo Juzgado del Crimen, se trató, en apretada síntesis, de lo siguiente: una dama embarazada ingresó a una clínica clandestina para abortar, apareciendo su cuerpo diez días después, a la vera de un río, seccionado en varias partes, sin que entre éstas se hallare la zona pelviana. Descubiertos que fueron los regentes del falso nosocomio,

confesaron haber practicado el aborto y, muerta la paciente a las 26 o 28 horas posteriores, haber seccionado el cadáver con un cuchillo, arrojando las partes en el sitio en que se las encontró.

No sólo los reos, sino sus apoderados y los jueces de la causa, estuvieron convencidos de la existencia del aborto, así lo explicitaron. Empero, no tuvieron por configurado ese delito. ¿Por qué? . Porque el art. 134 del C.C.P. dispone: "En el caso de aborto, se hará constar... los signos demostrativos de la expulsión del feto..." Todos ellos argumentaron que a falta de la pelvis y de la sección uterina, no había signos demostrativos de la expulsión del feto.

El considerando décimo de la prevensión expresa: "10.-" "Que en el mismo orden de ideas, cabe recordar que el consabido artícu-" "lo 134 establece una regla de procedimiento. Y los procedimientos son" "tributarios del proceso, puesto que están precisamente concebidos para" "posibilitar el logro del fin de aquél, que no es otro que la resolución" "y apreciación en derecho de una contienda, en la base de la cual apre-" "ciación en derecho de una contienda, en la base de la cual apreciación" "están la propia convicción y conciencia del juzgador.

"Jamás podría una regla procedimental impedir la explicita-" "ción de ese convencimiento, pues obstruiría la jurisdicción misma, que" "no puede conscientemente divorciarse de la verdad.

"Carece entonces de sentido sostener, como algunos defen-" "sores lo hacen al contestar el auto de cargos, que en la especie hay dos" "verdades diversas: la "verdad real" consistente en que existió aborto, y" "la "verdad procesal" consistente en que el aborto no existió porque no" "apareció la pelvis de la fallecida.

"Bastaría lo antes razonado para enfatizar que discurso se-" "mejante nunca pudo lógicamente predicarse. Pero hay más. Con la vi-" "gencia de la Constitución de 1980, ello quedó explícitamente vedado a" "todo juez de fondo. En efecto, no debe el juzgador actuar ni resolver" "a base de mandatos inconstitucionales y ciertamente lo sería el inter-" "pretado de manera tal que obstruyera de lleno la verdad judicial —esa" "que según expresaron los cuatro defensores que comparecieron a es-" "trados, es un aborto.

"El artículo 19 Nº 3 inciso 5 de la Constitución de 1980" "es imperativo.

"Por consiguiente, nadie está autorizado para asignar a una"

"disposición procedimental una inteligencia contraria a la razón" porque" "con ello no hace más que recrear un procedimiento irracional y derivar" "en una decisión injusta, por cuanto no fundada en un proceso tramita-" "do racionalmente".

10. En suma, los desarrollos anteriores pretenden mostrar la consistencia teórica del precepto constitucional que ha concentrado nuestra atención:

Jurisdicción que conduce a una sentencia.

Sentencia que se funda en un proceso.

Proceso garantizado por procedimientos conformes a razón.

Más simple y categórico: jurisdicción y proceso se identifican en cuanto generadores de una misma cosa: la sentencia, que ha debido obtenerse en el contexto de trámites, diligencias y formas racionales.

Es por ello que puede concluirse —como lo hace el profesor Díaz— que el art. 19 Nº 3 inc. 5º de la Const. de 1980 contempla lo que en derecho anglosajón se denomina "debido proceso". Y por tal el constituyente parece haber entendido, implícitamente, la conjunción de los cuatro elementos que siguen:

1) existencia de un órgano jurisdiccional;
2) que tal órgano, genere sentencias;
3) que éstas se funden en el conocimiento y juicio de contiendas, y
4) que ese conocimiento se sujete a formar racionales.

RECEPCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LA LEGISLACION INTERNA DE CHILE EN RELACION AL DERECHO DE FAMILIA

Eugenio Velasco L.

A) Normas y Principios Internacionales

1. Las normas relativas a Derecho de Familia que se contienen en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos de que Chile es signatario, se encuentran distribuídas en diversos de ellos y, a menudo, aparecen repetidas y reiteradas.

Tales instrumentos son:

a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
b) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
e) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969).
f) Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967).
g) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979).
h) Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981).
i) Convención, sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1967).
j) Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1965).
k) Declaración de los derechos del niño (1959).

2. El documento que contiene mayor cantidad de normas sobre la materia y de manera sistemática, es el denominado "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer". Pero, en todo caso, para una mejor comprensión y mayor claridad,

creemos conveniente reseñar ordenadamente todos los principios y normas sobre Derecho de Familia que en ellos se contienen, con indicación de los documentos respectivos.

Tales son:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho a casarse y a formar familia, que es el elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. (Declaración Americana, Art. VI; Declaración Universal, Art. 16.1 y 3; Pacto de Derechos Económicos y Sociales, Art. 10.1; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23.1 y 2; Convención Americana, Art. 17.1).

Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los esposos, puede contraerse matrimonio. (Declaración Universal, Art. 16.2; Pacto de Derechos Económicos y Sociales, Art. 10.1; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23.3; Convención Americana, Art. 17.3; Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el Registro del Matrimonio, Art. 1ro).

Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable, antes y después del parto. (Declaración Americana, Art. VII; Declaración Universal, Art. 25.2; Pacto de Derechos Económicos y Sociales, Art. 10.2).

Todos los niños nacidos dentro del matrimonio o fuera de él, tienen derecho a igual protección social. (Declaración Universal, Art. 25.2; Pacto de Derechos Económicos y Sociales, Art. 10.3; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Art. 24.1; Convención Americana, Art. 27.5; Declaración de los Derechos del Niño, Principio I).

Debe asegurarse la igualdad de derechos y responsabilidades de marido y mujer en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (Declaración Universal, Art. 16.1; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23.4; Convención Americana, Art. 17.4; Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, Art. 6, párrafos 1 y 2; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Art. 16; Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el Registro del Matrimonio, Art. 1ro).

Los padres deben tener derecho a escoger el tipo de educación que debe darse a los hijos y a enviarlos a escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas. (Declaración Universal, Art. 25.3; Pacto de Derechos Económicos y Sociales, Art. 10.3; Convención Americana, Art. 12.4; Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Art. 4.1).

3) Algunas de estas normas han sido detalladas en forma completa, como ocurre, por ejemplo, con la igualdad del hombre y la mujer respecto del matrimonio. De acuerdo con la Declaración sobre la eliminación de discriminación contra la mujer (Art. 10); y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 12), ella debe comprender:

a) el derecho a adquirir, administrar y heredar bienes y a disfrutar y disponer de ellos, incluyendo los adquiridos durante el matrimonio;

b) la capacidad jurídica y su ejercicio;

c) el derecho a recibir formación profesional, a trabajar, a elegir libremente empleo y profesión, a una remuneración igual respecto a un trabajo de igual valor, a vacaciones pagadas, a jubilación y a las medidas que aseguren contra el desempleo, la enfermedad, la vejez o cualquier otro tipo de incapacidad para el trabajo, a recibir asignaciones familiares;

d) el derecho a decidir libre y responsablemente el número de los hijos, el intervalo entre los nacimientos, así como los derechos y responsabilidades respecto de la tutela, custodia y adopción de los hijos;

e) el derecho para elegir apellidos, profesión y ocupación.

4) Ciertas normas se refieren claramente a costumbres, tradiciones o prácticas religiosas de sociedades primitivas, cuya erradicación se busca y que, por lo mismo, carecen de todo interés y significación entre nosotros.

Citemos como ejemplo de esta situación, en primer término, a la reiterativa insistencia -que quedó señalada- de que el matrimonio puede ser contraído, de manera exclusiva, mediante el libre consentimiento de los contrayentes. Se trata de proscribir el matrimonio acordado por los progenitores de los contrayentes, sin la anuencia de éstos, o convenido tribalmente.

Tras la misma finalidad apuntan las reglas que prohiben el matrimonio de niños y los esponsales de jóvenes que no han alcanzado la pubertad, así como aquéllas que ordenan la adopción de medidas, in-

cluso legislativas, con el objeto de fijar una edad mínima para contraer matrimonio y para hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

B) Normas internacionales reconocidas por la ley chilena e incorporada en nuestra legislación.

a) De esos principios y normas de Derecho de Familia que contienen los instrumentos internacionales sobre Derechos del Hombre, nuestra legislación reconoce y contempla en primer término, aquellos que han formado parte de cualquiera legislación occidental desde mucho antes de 1945, o sea, de la creación de Naciones Unidas y que, por lo mismo, fueron introducidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, más tarde, en las convenciones y pactos antes referidos.

De este tipo son el derecho de hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, a casarse y a formar familia; al principio de que sólo mediante libre y pleno consentimiento, puede contraerse matrimonio; a la protección de las madres durante un período de tiempo razonable, antes y después del parto; al derecho de los padres a escoger el tipo de educación que debe darse a los hijos y a enviarlos a escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas.

b) Los dos primeros se hallan contenidos en una serie de disposiciones del Código Civil como el Título IV del Libro I, llamado "Del Matrimonio", especialmente los arts. 102, 106 y 122. En efecto, éstos consagran, fuera de toda duda, el derecho de hombres y mujeres mayores de 21 años a casarse libremente y la institución del matrimonio putativo reglamentada en el Art. 122, de mayor fuerza al concepto cuando establece que el matrimonio nulo si ha sido celebrado ante oficial del Registro Civil produce los mismos efectos que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falta la buena fe por parte de ambos cónyuges. Y agrega que, con todo, en tres casos el matrimonio nulo no afecta la legitimidad de los hijos aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error: cuando la nulidad se declara por incompetencia del funcionario; por no haberse celebrado el matrimonio ante el número de testigos requeridos por la ley o por la inhabilidad de éstos.

También se refieren a estas materias las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil, de 1884, en especial su Art. 17, que estatuye que el oficial del Registro Civil "preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer, y con la respuesta afirmativa los declarará casados en nombre de la ley".

No obsta a la conclusión de que nuestra legislación reconoce los dos principios en análisis, la circunstancia de que, para los menores de 21 años que hayan dejado de ser impúberes (varones de 14 años o más y mujeres de 12 años o más), sea necesario obtener el asentimiento de determinadas personas que la ley enumera (arts. 26 y 107 y siguientes del Código Civil y art. Nro. 2 de la Ley de Matrimonio Civil). Se trata de medidas protectoras de personas que, en razón de su edad, no tienen suficiente madurez para decidir por sí mismas.

c) Relativamente al derecho de los padres a escoger el tipo de educación de los hijos y a enviarlos a escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, el art. 235 del Código Civil manda que "el padre y, en su defecto la madre, tendrán el derecho a elegir el estado o profesión futura del hijo, y de dirigir su educación del modo que crean más conveniente para él".

d) En cuanto a la protección de las madres durante un tiempo razonable, antes y después del parto, ella fue establecida en la legislación chilena por el antiguo Código del Trabajo de 1931 que, en su art. 309 concedía a empleadas y obreras un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y seis semanas después. En la actualidad, el art. 181 del Código del Trabajo de 1987 estatuye que "las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él".

C) Normas internacionales que no han sido reconocidas por la ley chilena o que sólo lo han sido parcialmente.

En esta situación se hallan las reglas sobre igualdad de protección social de los niños dentro o fuera del matrimonio y de igualdad de derechos y responsabilidades del marido y de la mujer.

a) Acerca de los hijos, digamos que en Chile existen importantes diferencias entre los **legítimos**, esto es, los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, durante el matrimonio nulo en los casos del art. 122 del Código Civil y los legitimados por el matrimonio de los padres posterior a la concepción (art. 35 del citado Código, por una parte y los **hijos ilegítimos**, por la otra. Estos pueden ser, a su vez, **hijos naturales o simplemente ilegítimos** (art. 36 del mismo Código), sien-

do naturales los que han obtenido dicha calidad conforme a las reglas del Título XII del Libro I de dicho Código.

Entre los padres y los hijos legítimos hay vinculaciones de orden personal y patrimonial.

Respecto de las primeras, los hijos legítimos deben respeto y obediencia a sus padres y están obligados a cuidar a los padres en su ancianidad, en estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios. Por su parte, los padres legítimos tienen el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos y los gastos de crianza, educación y establecimiento de éstos pertenecen a la sociedad conyugal o, en caso de separación de bienes corresponden al padre, contribuyendo la mujer en la proporción que el juez designare. (Arts. 219, 220, 222 y 228 del Código Civil). El padre y, en ausencia, inhabilidad o muerte de él, la madre, tiene la facultad para corregir y castigar moderadamente a los hijos legítimos (Arts. 233 y 234 del mismo Código). Finalmente, el padre y, en su defecto, la madre, tienen el derecho de elegir el estado o profesión futura del hijo, y de dirigir su educación del modo que crean más conveniente para él (Art. 235 del citado Código).

En cuanto a la "patria potestad", esto es, al "conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados", en general comprende el **usufructo** de bienes del hijo y su **administración** (Título X del Libro I del Código Civil).

Para los hijos naturales rigen las mismas reglas relativas a las relaciones personales entre padres e hijos legítimos, con la salvedad de que la vinculación comprende al padre o madre que lo haya reconocido como tal y a ambos, si los dos hubieren hecho el reconocimiento. En cuanto a los gastos de educación del hijo, tratándose de hijos naturales se reduce la obligación a la enseñanza primaria y al aprendizaje de una profesión u oficio (Título XIII del Libro I del Código Civil).

Por último, el hijo simplemente ilegítimo "sólo tendrá derecho a pedir alimento del padre o madre o de ambos, según el caso", admitiéndose la investigación de la paternidad (Título XIV del Libro I del Código Civil).

En cuanto a derechos sucesorios, las diferencias son también importantes: en general, en la sucesión intestada la porción del hijo natural es la mitad de la que corresponde al hijo legítimo y las porciones de los hijos naturales, en concurrencia con los hijos legítimos, no podrán exceder en conjunto de una cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, cuando corresponda. El hijo simplemente ilegítimo no tiene ningún derecho en la sucesión intestada del padre o de la madre.

Creo útil añadir dos tipos de consideraciones sobre esta materia:

i) No obstante estar aún lejos de las exigencias de los instrumentos internacionales en análisis, ha habido notorio progreso en los últimos cincuenta años, si se considera que antes existían los "hijos de dañado ayuntamiento", esto es, los "adulterinos, sacrílegos e incestuosos", calidades abolidas en 1935 por la Ley 5.750; que la calidad de hijo natural se mejoró abiertamente por la Ley 10.271 del año 1952 y que esta misma ley introdujo la investigación de la paternidad ilegítima.

ii) cuando se estudió y elaboró esta Ley 10.271 por una comisión de profesores de Derecho Civil de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica, el propósito de avanzar más en la igualación de las condiciones jurídicas de los hijos naturales y simplemente ilegítimos fue dejado de mano después de un cuidadoso análisis de la experiencia de los juzgados de menores de Santiago, que demostró el peligro que entrañaría la iniciativa. Mientras no existan pruebas científicas ciertas que permitan comprobar quién es el padre de un hijo ilegítimo, el aumento de las obligaciones legales que el voluntario reconocimiento de la paternidad ilegítima imponga al padre, disminuye de manera importante la posibilidad de ese reconocimiento voluntario, con perjuicio de los hijos legítimos que se ven así impedidos aún de reclamar alimentos necesarios.

b) respecto de la igualdad entre el marido y la mujer, nuestra legislación está muy atrasada y se halla muy lejos de los parámetros internacionales. La desigualdad entre marido y mujer y la discriminación en contra de ésta, son una indiscutible realidad.

Para no entrar a un innecesario y pesado detalle de todas las reglas legales que contienen esas diferencias, veamos lo esencial.

En las relaciones personales, "el marido debe protección a la mujer, y la mujer, obediencia al marido" (Art. 132 del Código Civil: "el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle donde quiera que traslade su residencia" (Art. 133); y "por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el Título de la sociedad conyugal".

En otras palabras, el régimen de sociedad conyugal es el régimen matrimonial legal en Chile y, por su naturaleza misma, conlleva la incapacidad relativa de la mujer casada (Art. 447 del Código Civil). Entre sus reglas fundamentales, destaquemos que "sin la autorización escrita del marido, no puede la mujer casada comparecer en juicio", salvo casos de excepción" (Art. 136 del mismo Código); "La mujer no puede sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno, oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar, ni ejercer los cargos de tutora o curadora" (Art. 137 de dicho Código); que "el marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero a las obligaciones y limitaciones que por presente Título se le imponen" (Art. 1749 del citado Código); y que "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido puedan perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido" (Art. 1750 del mismo Código).

Es cierto que con las modificaciones introducidas al Código Civil por las leyes 7612, de octubre de 1943 y 10.271 de abril de 1952, la condición jurídica de la mujer casada mejoró de manera ostensible.

Por la primera se reglamentó y perfeccionó lo que en Chile llamamos "el patrimonio reservado de la mujer casada", esto es, el conjunto de bienes que la mujer casada obtiene del desempeño de un empleo o del ejercicio de una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, que se considera un patrimonio respecto del cual hay separación de bienes y que la mujer administra con plena capacidad y libertad. Al disolverse la sociedad conyugal, dichos bienes entran en la partición de los gananciales (Arts. 150 del Código Civil).

La Ley 10.271 hizo posible que marido y mujer pacten la separación total de bienes durante el matrimonio, manteniendo entonces cada cónyuge su propio patrimonio que administra con total libertad y capacidad y prescindiendo del otro cónyuge, y que otro tanto puedan convenir antes del matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales o en el acto mismo del matrimonio (Arts. 152, 1715 y 1723 del Código Civil).

Pero el problema de fondo subsiste puesto que en Chile la mayoría de los matrimonios mantiene el régimen legal de sociedad conyugal y, además, la separación total, que da plena capacidad a la mujer,

con frecuencia le es perjudicial porque dentro de los hábitos de la sociedad chilena el número de mujeres casadas que trabajan es mucho menor que el de los maridos y, aunque aumenta constante y permanentemente, también es un hecho evidente que, en general, las entradas de los maridos son superiores a las de las mujeres.

Para concluir este cuadro de disposiciones discriminatorias, recordemos que, en conformidad al artículo 374 del Código Penal, el delito de adulterio sólo puede ser cometido por "la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio".

d) Iniciativas para mejorar la condición de la mujer casada.

En 1968, durante la administración del Presidente Eduardo Frei, el Ministro de Justicia, Gustavo Lagos, designó una Comisión para que elaborase un proyecto de ley destinado a modificar el Código Civil y abolir la incapacidad relativa de la mujer casada, presidida por el entonces Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Eugenio Velasco L. y formado por profesores de Derecho Civil, ministros de corte y jueces de menores. La Comisión trabajó durante cerca de dos años y, con fecha 20 de julio de 1970, el Gobierno envió a la Cámara de Diputados el proyecto preparado por la Comisión.

Se proponía reemplazar el régimen de sociedad conyugal por el de participación en los gananciales, régimen que otorga plena capacidad a la mujer casada y que confiere a cada cónyuge, durante el matrimonio, absoluta libertad para administrar y enajenar los bienes que forman su patrimonio. Ambos cónyuges contribuyen a la mantención del hogar y de la familia en común y en proporción a sus haberes. A la disolución del matrimonio se forma por el sólo ministerio de la ley una comunidad con los patrimonios de ambos cónyuges, para el sólo efecto de liquidación y dividir los gananciales por partes iguales entre ambos cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos del otro. Ninguno de los cónyuges puede, sin la autorización del otro, enajenar ni gravar los bienes raíces adquiridos durante el matrimonio ni los muebles que guarnecen el hogar común. Ni tampoco arrendarlos por más de 5 años, si son urbanos, ni por más de 8 si son rústicos.

Al mismo tiempo, se proponía la derogación de numerosas disposiciones del Código Civil, del Código de Comercio y de otras leyes que, como consecuencia de la incapacidad de la mujer, reglamentaban puntualmente circunstancias que significaban un sometimiento al marido. Asimismo se abolía la potestad marital.

El proyecto introducía también modificaciones de importancia en materia de filiación y patria potestad, para adaptar estas instituciones al nuevo régimen matrimonial.

El proyecto fue aprobado en la Cámara de Diputados, por unanimidad, el 27 de diciembre de 1972. Estando pendiente en el Senado, el Gobierno de Salvador Allende lo retiró para un reestudio y nunca volvió al proceso legislativo.

Conviene advertir que se ajustaba exactamente a las exigencias de los instrumentos internacionales en análisis.

En 1987 el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley a la Junta de Gobierno con el mismo propósito de dar plena capacidad a la mujer casada, aunque dentro de planteamientos menos definidos y más tímidos y, en nuestra opinión, con menos rigor científico.

En la Primera Comisión Legislativa que preside el Almirante José Toribio Merino -donde está radicado- se han elaborado documentos de trabajo con proposiciones alternativas al proyecto del Ejecutivo, uno de los cuales sigue muy de cerca al que fuese aprobado por la Cámara de Diputados en 1972.

Hasta la fecha no ha habido progreso en la tramitación de esta nueva iniciativa.

RECEPCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN LA LEGISLACION INTERNA DE CHILE EN RELACION AL DERECHO DE SINDICACION

Patricio Novoa F.

El Edicto del Ministro Turgot disuelve los gremios en 1786, en Francia, y posteriormente la ley Chapelier disuelve todas las asociaciones, disponiendo que la asociación gremial será un tipo jurídico-penal, lo que es traspasado al Código Penal francés de 1810.

Luego inicia el sindicalismo su marcha: desde la etapa del sindicalismo clandestino, para pasar a la del sindicalismo tolerado por los Estados, luego reglamentado por la legalidad y, finalmente, con el término de la II Guerra Mundial se entra a la etapa del sindicalismo fomentado.

Han cambiado los planteamientos ideológicos, la cuestión social emerge como el principal problema de los Estados modernos; y la figura del sindicato aparece como el instrumento necesario para los propios Estados, en carácter de colaborador, para poder cumplir su cometido.

Entre los nueve puntos programáticos, a que aludió el Preámbulo de la Parte XIII del Tratado de Paz de Versailles, que creó la Organización Internacional del Trabajo, inmediatamente de declarar que el trabajo no debe ser considerado como mercancía, se encuentra este derecho de sindicación, al que alude en los siguientes términos:

"2º. El Derecho de asociación en vista de todos los objetivos no contrarios a las leyes, tanto para los asalariados como para los empleadores".

La Organización Internacional del Trabajo, en su Conferencia de 1948, aprueba el Convenio Nº 87, sobre libertad sindical, del que cabe destacar:

Art. 2º. "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas".

Art. 3º. "Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

"Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda ingerencia que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal".

Art. 4º. "Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no estarán sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa".

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones y, todas ellas, a afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores (5º).

La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya aplicación limite la aplicación de los artículos 2, 3 y 4. (6º).

A junio de 1983, había sido ratificado por 93 Estados.

Desde otro punto de vista se puede aludir a estos principios, según la siguiente enumeración o clasificación:

a) Libertad de constituir sindicatos, de afiliación, desafiliación y no afiliación;

b) Libertad de las organizaciones sindicales para constituir organizaciones de segundo grado (federaciones y confederaciones), afiliarse a ellas, desafiliarse y no afiliarse;

c) Libertad de administración:

— Para elegir democráticamente sus autoridades o representantes;

— Para dictarse su propia normativa o reglamentos;

— Para su gestión.

d) La adquisición y pérdida de la personalidad jurídica no debe depender de un acto de la Administración: aquella se adquiere por el

acuerdo de los interesados, y acorde a las formalidades racionales que debe contemplar la legalidad, ésta no puede depender de un acto de la Administración del Estado.

El citado Convenio 87, de 1946, fue complementado por el Nº 98, sobre negociación colectiva, de 1949.

A ellos debe agregarse el Nº 151, sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública, el Nº 154, de 1981, sobre negociación colectiva.

En 1950, a raíz de un acuerdo entre el Consejo Económico Social de las N.U. y la O.I.T., se estableció un procedimiento especial para tutelar la libertad sindical y se sostuvo que ésta debe ser respetada como un principio esencial de la O.I.T. por todos sus miembros y no sólo por aquellos que hubieren ratificado los Convenios Nos. 87 y 98; para lo cual se destacó a dos órganos: a) El Comité de Libertad Sindical; y b) La Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical. El primero de carácter tripartito; el segundo integrado por personalidades designadas por el Consejo de Administración a solicitud del Director General, investiga quejas y procura soluciones.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 23, 4º señala: "Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses".

El art. 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde 1976, por haber completado 35 ratificaciones, entre ellas la de Chile; y el art. 8.1. del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refieren a este derecho en términos similares:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones y el de éstas a formar organizaciones internacionales y afiliarse a las mismas.

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y

sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

d) El derecho de huelga ejercido en conformidad a las leyes de cada país.

DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (Bogotá, 1948). Art. XXII: "Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden".

CARTA INTERNACIONAL AMERICANA DE GARANTIAS SOCIALES: Art. 26: "Los trabajadores, sin distinción, tienen derecho a asociarse libremente en asociaciones profesionales o sindicatos, y sus directores "no podrán ser despedidos, trasladados de empleo ni desmejorados en su condición de trabajo, sino por causa justa calificada previamente por la autoridad correspondiente".

Pacto de San José de Costa Rica en su Art. 16, Nº 1, declara que "todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines laborales".

LA ENCICLICA PACEM IN TERRIS, JUAN XXIII, 1963 en una de sus partes expresa: "De la intrínsica sociabilidad de los seres humanos se deriva el derecho de reunión y de asociación, como también el derecho de dar a las asociaciones la estructura que se estime conveniente para obtener sus objetivos y el derecho de libre movimiento dentro de ellas, bajo la propia iniciativa y responsabilidad para el logro concreto de estos objetivos.

"Tales entidades y asociaciones intermedias deben considerarse como absolutamente indispensables y necesarias para salvaguardar la dignidad y libertad de la persona humana, asegurando así su responsabilidad".

Concepciones sobre el Sindicato y el Contrato Colectivo

Huek-Nipperday lo conceptualizan como: "La asociación profesional es una corporación libre, integrada por personas de la misma profesión y condición y constituída para la representación y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores y empresarios".

Nuestro derecho regula estas organizaciones en relación con trabajadores dependientes y para él podemos señalar el siguiente concepto doctrinario general: "asociación de trabajadores ligados por un interés económico-social común que busca, ante todo, la representación, defensa y promoción de ese interés".

Su finalidad es, pues, esencialmente económica o económico-social: Representación, promoción y defensa de aspiraciones e intereses orientados a satisfacer tales necesidades: Condiciones de trabajo, remuneraciones, bienestar, habitación, salud, recreación, etc.

La trascendencia jurídica de la función reivindicativa del sindicato, principal propulsora del nacimiento y evolución del movimiento sindical, plasmada en especial en la negociación colectiva, ha aparejado ante el Derecho del Trabajo y la doctrina laboral, uno de los aspectos más complejos e interesantes de la disciplina.

Cuando aparecieron los primeros contratos colectivos, a fines del siglo pasado en Europa, cuyos términos obligaban a los trabajadores representados y a los futuros trabajadores de la respectiva empresa, área de actividad, zona, etc., según fuere el ámbito de aplicación del colectivo, la doctrina jurídica se esforzó, como sabemos, por tratar de encuadrar esta moderna figura en alguna de las clásicas del Derecho Contractual, y así apareció la teoría del mandato, de la agencia oficiosa, de la estipulación por otro, etc.

Hasta que, en la evolución doctrinaria, L. Duguit, clasificó a los actos jurídicos, según sus efectos, en actos regla, actos condición y actos subjetivos. Los primeros crean derecho objetivo, cuyo ejemplo típico es la ley; y el contrato colectivo es también un acto regla, según la concepción de Duguit, pues señala las normas, conforme a las cuales se han de celebrar los contratos individuales de trabajo.

M. Hauriou perfecciona o complementa, desde su punto de vista, la teoría de L. Duguit hablando de "la institución" del colectivo, que deben respetar empresarios, inversionistas, trabajadores, etc.

H. Sinzheimer, Profesor en Berlín y constituyente en Weimar, elaboró probablemente la tesis más acabada:

"Las fuerzas estatales no son suficientes para producir todas las reglas jurídicas".

"El derecho estatal frecuentemente es estático y esquemáti-

co y no siempre puede seguir el desarrollo social múltiple y cambiante. Y a menudo las fuerzas sociales son demasiado poderosas para someterse incondicionalmente a las leyes del Estado. Nacen, por estas razones, algunas que deben llenarse; mientras más intensa sea la vida social, mayor será la necesidad de llenar tales lagunas. Y también ocurre frecuentemente que las fuerzas sociales se organicen y creen su derecho. Parte de tal derecho es el derecho autónomo del trabajo".

Quiero detenerme en este análisis de Sinzheimer que resume magníficamente la teleología del Derecho del Trabajo, en su afán tutelar y en las dimensiones que señala: El Derecho del Trabajo junto con regular las relaciones entre empleadores y trabajadores tiene un objetivo de protección y tutela del prestador de servicios. Para ello el Derecho del Trabajo tiene, entre otras, dos conjuntos de normas: Las de origen estatal, esto es, las producidas por el propio Estado que, obviamente, se refieren a asuntos básicos, a que debe dar cumplimiento todo empleador, desde el dueño de un modesto taller artesanal o local comercial hasta la gran empresa. Estas normas son las relativas a mínimos, descansos, vacaciones, protección a la maternidad, protección de las remuneraciones, etc. Desde otra vertiente aparecen las normas de origen autónomo o profesional, que representan el segundo estadio de protección, funciona la realidad de cada empresa, grupos de empresas similares, zonas, etc. El Estado no puede, se encuentra imposibilitado de poder dictar esta normativa complementaria para cada empresa, grupos de empresas similares, áreas de actividad, etc. según sea el ámbito de aplicación de la negociación colectiva. Frente a tal imposibilidad en definitiva se confía a la propia comunidad laboral organizada, integrada por empleadores y trabajadores, que se dicte a sí misma esta normativa complementaria del Derecho estatal la que, como he expresado, será funcional a su realidad socio-económica. Desde otro punto de vista, lo que busca o quiere el Derecho del Trabajo es que esta normativa complementaria se encuentre generalizada: si un trabajador debe abandonar la empresa donde labora, por renuncia, despido u otra causa, donde llegue posteriormente se habrá de encontrar también con los dos grupos de normas: las de origen estatal y las de origen profesional, que habrán de velar por él.

Legislación Chilena

Constitución: Art. 19, Nº 19: "El derecho de sindicarse en los casos y formas que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

"Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

"La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales y sus dirigentes no podrán intervenir en actividades político partidistas".

El texto constitucional alude pues a los siguientes aspectos de la libertad sindical:

a) Derecho de sindicación, b) voluntariedad de la afiliación c) personalidad jurídica por el solo depósito de estatutos, d) autonomía de las organizaciones sindicales.

Leyes

a) Sector público: Las normas del Libro III del C.T., sobre organizaciones sindicales, no les son aplicables, por lo dispuesto en el artículo 1º del mismo Código del Trabajo.

Las razones que conducen a la sindicalización en el sector privado no son las mismas que en el sector público; pero el derecho de asociación sindical no se agota en la negociación y huelga. Persigue facilitar la legítima representación del interés de los asociados, lo que es igualmente válido tratándose de funcionarios públicos; deben ser oídos en la legislación que les afecte; y en las que digan relación con el cumplimiento o modificación de sus normas estatutarias.

La legislación chilena ha sido evolutiva. El Código del Trabajo de 1931, prohibió su sindicalización; así también el Estatuto Administrativo cuyo art. 166 les prohibe sindicalizarse y pertenecer a sindicato alguno, formar grupos funcionales de carácter esencialmente político, declararse en huelga, suspender labores, etc.

Pero el Estatuto Administrativo no prohibió el derecho de asociación de los funcionarios, y se crearon las Asociaciones de Funcionarios, conforme al Título XXXIII del Libro I del C.C., cuyo objetivo, en el hecho, fue establecer una **sui generis** forma de asociación sindical en el sector, debiendo cuidar los Estatutos de no haber alusión a ello.

El artículo 100 del Estatuto Administrativo otorga fuero a los dirigentes de las organizaciones nacionales (ANEF y otras) y a los di-

rigentes de las Asociaciones de Funcionarios de los Servicios de la Administración Civil del Estado.

Se encuentra decaída esta organización en el sector público; contribuye a ello, sin duda, además del entorno, la aplicabilidad a sus instituciones de las normas del D.L. Nº 349, de 1974, conforme a las cuales sus dirigentes son nominados, como en la generalidad de las corporaciones, salvo las exceptuadas, por la autoridad; esto es, el Intendente o Gobernador, lo que desdice la generación democrática de sus directivas.

El derecho de sindicación, pues, para los funcionarios públicos no existe en nuestro ordenamiento y la normativa antes señalada, del Estatuto Administrativo, representa uno de los graves e importantes distanciamientos a la normativa sobre los derechos del hombre, antes referida.

A esta sindicación en el sector público se refirió el Convenio Nº 151, de la Organización Internacional del Trabajo.

Trabajadores dependientes

La normativa contenida en el Libro III del Código del Trabajo se ajusta en lo medular, a la normativa internacional: el art. 197 reconoce a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen conveniente; el 198 reconoce a éstas el derecho de formar federaciones y confederaciones; y a éstas el derecho de constituir o afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores. El artículo 213 dispone que el sindicato adquirirá personalidad jurídica desde el momento del depósito del acta constitutiva y de los estatutos en la Inspección del Trabajo respectiva. Los arts. 271 y ss. entregan al Poder Judicial, específicamente a un Ministro de Corte de Apelaciones, la declaración de disolución de un sindicato.

Desde la perspectiva señalada, con la excepción de la ley 16.625, sobre sindicalización campesina que, sin duda, ha sido ley sindical más acorde a los principios de la libertad sindical que ha regido en nuestro país, la actual normativa al no condicionar la obtención de la personalidad jurídica de los sindicatos a la dictación de un Decreto Supremo, como lo fue en la legislación de 1931, aparece ajustada a los principios y, con la misma excepción, es la más completa y avanzada de cuantas nos han regido.

Sin embargo, la tasa de sindicación, vigente en 1986, según datos de la Dirección del Trabajo, fue la siguiente:

Sindicatos de empresa	:	270.901
V Interempresa	:	45.481
V Independientes	:	54.840
V Transitorios	:	13.765
		386.987

UNIVERSIDAD BIBLIOTECA

Esto representa que menos del 10º/o de la población activa chilena se encuentra sindicalizada. Si tomamos el número de 270.000 trabajadores agrupados en sindicatos de empresa que son los que pueden negociar colectivamente y lo comparamos con el total de trabajadores en situación de dependencia, tendríamos que tal tasa de sindicación fluctuaría alrededor del 12º/o.

Muchas pueden ser las razones que expliquen este resultado, además de la tradicional falta de debida comprensión en vastos sectores empresariales, sobre el rol del sindicalismo.

Entre ellas puedo señalar:

a) Esta ley se estrenó en períodos de excepción constitucional (estados de sitio, etc.) seguido de la grave recesión económica. Esto, además, pienso que ha inducido a muchos a confundir los males de una situación histórica determinada con defectos de una legislación.

b) Lo anterior ha facilitado la acción antisindical de muchos empleadores, de imposibilitar la creación de sindicatos en sus empresas, bajo la tradicional y clásica amenaza del despido, que tiene más eco en situaciones como la descrita.

c) La estructuración de un sindicalismo fundamentalmente por empresas y, de una negociación colectiva exclusivamente por empresa, hace, a nuestro entender, que sea difícil elevar tal tasa de sindicación, al menos en porcentajes que sean de significación, aún en períodos de normalidad constitucional.

Existe un germen de negociación sobre bases superiores al límite de la empresa, en los acuerdos a que pueden llegar los sindicatos de trabajadores transitorios con los empleadores, a que alude la letra d) del art. 201 del Código del Trabajo.

La ley 16.625, que hemos citado, obvió este problema dis-

poniendo que la base del sindicato no fuera la empresa, sino la comuna, con lo que obvió también, al menos en forma bastante sustancial, la interferencia negativa preventiva de los empleadores en la organización de un sindicato.

d) Por último, debe señalarse que frente a realidades como la nuestra, caracterizada por la poca organización de la comunidad que históricamente hemos tenido, es deseable la existencia de organizaciones superiores, cuyo objetivo sea justamente el fomento de la organización sindical.

Señalo lo anterior pensando la utilidad que mostró el Fondo de Educación y Extensión Sindical que creó con tal finalidad, entre otras, la ley 16.625 y en el contenido del Convenio Nº 98, que se refiere a esta materia.

Por lo que respecta la negociación colectiva, ella es funcional al concepto de contrato colectivo que apareció en nuestro derecho desde la dictación del DL. 2758, actual inciso final del art. 6º del Código, conforme al cual es el que "se celebra entre un empleador y uno o más sindicatos de empresa, o un empleador y un grupo de trabajadores de la empresa unidos para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo o de remuneraciones para los trabajadores que **concurrieron a su celebración**".

Desde el punto de vista jurídico semeja a un contrato de grupo, a pluriindividual; semeja con el contrato colectivo histórico que en él también, por hipótesis, tiende a existir equiparidad entre las partes contratantes; pero no forja el derecho del trabajo autónomo o complementario del estatal, para el grupo social respectivo. No es ese híbrido a que aludía Carnelutti, cuando expresaba que el colectivo es un híbrido que tiene "cuerpo de contrato y alma de ley".

En relación con la autonomía de las organizaciones sindicales deben observarse las normas de los artículos 157 e inciso 3º del artículo 165 del Código del Trabajo.

Aquel describe diversas conductas, varias de las cuales deambulan por el Código Penal, que justificarían el despido disciplinario y el segundo dispone que tratándose de tales causales "no operarán los fueros que establecen las leyes".

Esta disposición no es conforme con el texto de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. Nuestra Corte Suprema,

en un Recurso de Protección, fallo de 28.12.83, estimó que el trabajador no puede entenderse desafiliado de su sindicato por el solo hecho de que la empresa haya caducado su contrato, mientras se encuentre pendiente la imputación; lo hecho en contravención a lo anterior por la autoridad administrativa, vulnera la libertad sindical, a que alude el artículo 19, Nº 19 de la Constitución, precisó el aludido fallo de la Corte Suprema.

Una interpretación distinta de la señalada, según el Profesor Héctor Escribar, en opinión que compartimos, significaría la inconstitucionalidad del precepto, ya que carece de autonomía la entidad cuyo dirigente puede ser removido por la voluntad unilateral de un tercero, mediante la imputación de determinados hechos al capricho de un empleador.

Frente a situaciones de emergencia, el empleador tiene el camino que le señala la norma de inciso 2º del artículo 165, que nos viene de la ley 16.455, cual es que solicite al juez, como medida prejudicial, que decrete la separación provisional del trabajador.

El empleador encontrará satisfecho su legítimo derecho, pero será la Judicatura quien habrá decidido la separación y tal separación no será una terminación de contrato, sino una suspensión de la relación laboral.

En nuestra opinión que Chile se encuentra en la ineludible obligación de ratificar los Convenios Nos. 87 y 98, materia a que se deberá avocar prioritariamente. Se trata de Convenios entre los más ratificados de los aprobados por la Organización.

Para lo anterior y, sin perjuicio de eventuales innovaciones a aspectos que, desde una perspectiva genérica, podemos estimar secundarios o puntuales se evidencian las siguientes modificaciones:

a) La dictación de una normativa idónea que regule el derecho de sindicación para los funcionarios públicos, en relación con lo cual nuestra experiencia sobre Asociaciones de Funcionarios puede significar un valioso aporte.

b) La apertura de la negociación colectiva a una base interempresa. En determinados sectores: construcción, portuarios, artistas, choferes de buses, trabajadores agrícolas en general, trabajadores de empresas pequeñas, la negociación colectiva por empresa no acomoda y se ha comportado históricamente, como idónea, en el ámbito de las medianas y grandes empresas.

Por último y, al margen de ulteriores consideraciones, el contrato colectivo debe tener un amplio carácter normativo: el sindicato al suscribirlo obligará y beneficiará a sus miembros actuales y futuros, que es lo que responde, con idoneidad a las aspiraciones del sindicalismo y al más auténtico sentido de lo que es el contrato colectivo de trabajo.